LAW PUBLISHERS, BOOKSELLERS & EXPORTERS.
STEVENS and HAYNES,
BELL YARD, TEMPLE BAR, LONDON.

S732C

Third Floor Landi

Digitized by the Internet Archive
in 2025

https://archive.org/details/traitededroitcom0000vari

33. 1

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

Imprimé par Charles Noblet, rue Soufflot, 18.

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

COURS PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PAR M. BRAVARD-VEYRIÈRES

PUBLIÉ, ANNOTÉ ET COMPLÉTÉ

PAR CH. DEMANGEAT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE

TOME CINQUIEME.

PARIS

A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

17, RUE SOUFFLOT, 17

1864

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

LIVRE TROISIÈME.

DES FAILLITES ET DES BANQUEROUTES.

En 1838, ce Livre III du Code de commerce a été soumis à une révision générale, qui en a modifié les dispositions de détail, mais qui en a maintenu les bases, les dispositions fondamentales (1).

(1) Sur l'historique de cette partie considérable de notre droit commercial qui est relative à la matière des faillites et des banqueroutes, on trouve des renseignements curieux dans l'ouvrage de M. Renouard (*Traité des faillites et banqueroutes*, 3e édition, t. 1er, première partie). Je me bornerai ici à quelques indications que je regarde comme particulièrement importantes :

Dans l'*Ordonnance du commerce* de 1673, un seul Titre, le Titre XI, composé de treize articles, était consacré aux faillites et banqueroutes. Il est vrai qu'il convient d'ajouter, comme se rattachant à la même matière, le Titre IX *Des défenses et lettres de répit*, et le Titre X *Des cessions de biens*. Mais les dispositions contenues dans ces trois Titres ne donnent, en définitive, qu'un total de vingt articles. — Du reste, depuis l'Ordonnance de 1673 jusqu'au Code de 1808, la législation n'était point restée stationnaire : loin de là, de nombreuses Déclarations étaient venues compléter ou modifier les dispositions de l'Ordonnance.

La nécessité de dispositions plus sévères sur les faillites est précisément l'un des motifs principaux qui ont amené la rédaction et la promulgation du Code de commerce de 1808. Ainsi, par exemple, c'est dans ce Code qu'a été posé, pour la première fois en France, le principe absolu du *dessaisissement* du failli : jusqu'alors le failli restait en possession de ses biens, et, par suite, ses créanciers étaient en quelque sorte à sa discrétion. — En somme, il faut reconnaître que la législation sur les faillites a été no-

Je n'ai pas besoin de signaler l'importance de la matière des faillites. Je ferai cependant deux courtes observations à cet égard :

La première, c'est que, si l'on s'en tenait aux dispositions du droit civil, on ne connaîtrait que d'une manière très-imparfaite les droits des créanciers chirographaires, hypothécaires, privilégiés, nantis, les droits des créanciers en général. Les dis-

tablement améliorée par le Code de 1808. Pourtant, moins de vingt ans s'étaient écoulés depuis la promulgation de ce Code que déjà des réclamations s'élevaient de toutes parts contre les dispositions du Livre III : on lui reprochait surtout de contenir un assez grand nombre de règles qui, dépourvues de sanction, restaient inexécutées ; on lui reprochait aussi la lenteur des procédures et la multiplicité des frais. Dès 1827, le Ministre de la justice demandait aux Cours royales, aux Chambres et aux tribunaux de commerce, leur avis sur les modifications dont la loi relative aux faillites serait susceptible. En 1833, une Commission fut nommée pour préparer un projet de loi ; son projet, modifié par le Ministre (M. Persil), fut présenté à la Chambre des députés en 1834, et la Chambre l'adopta avec de nombreux amendements. Un nouveau projet, présenté à la Chambre des pairs, fut adopté par elle le 11 mai 1837 ; ce projet, adopté avec quelques modifications par la Chambre des députés, fut enfin voté sans discussion et sans amendement par la Chambre des pairs le 14 mai 1838. C'est là loi qui nous régit aujourd'hui. Elle a été sanctionnée le 28 mai et promulguée le 8 juin 1838.

Je dois dès à présent faire remarquer qu'une institution curieuse du droit romain classique, la procédure de la *missio in possessionem*, préliminaire de la *venditio bonorum*, se retrouve encore aujourd'hui chez nous en matière commerciale, du moins en ce qui concerne un de ses caractères distinctifs, tandis qu'en matière civile on suit depuis longtemps d'autres principes. Du temps des jurisconsultes romains, lorsqu'il y a lieu de procéder à la vente des biens d'un débiteur qui ne paie pas ses dettes, les créanciers n'exercent point de poursuites individuelles : il y a entre eux un véritable état d'union, en ce sens qu'ils obtiennent collectivement le bénéfice d'un envoi en possession. « Toutes les législations modernes sur « les faillites, dit M. Renouard (p. 19 et 20), ont pour commune origine cette « procédure romaine, qui s'appliquait aux débiteurs non-commerçants « comme aux commerçants. » Comp. l'excellent travail de mon bien regrettable élève et ami Jules Tambour (*Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs, dans le droit romain et dans l'ancien droit français*) ; voy. notamment, t. 1er, p. 37, 116 et 160. Du reste, en Angleterre, d'après la loi du 6 août 1861, même les non-commerçants sont susceptibles de l'état de faillite (*bankruptcy*), ce qui constitue une analogie de plus avec le système du droit romain.

positions du Code de commerce sont donc ici le complément indispensable de celles du droit civil (1). De même, on ne connaîtrait que très-imparfaitement, on ne connaîtrait pas, pour mieux dire, les droits des femmes, si l'on ne complétait pas les dispositions du droit civil qui les concernent par celles que le Code de commerce, dans le Titre *De la Faillite,* y a consacrées (2). On ne se ferait pas non plus une juste idée des actions en nullité pour cause de fraude, si on ne rattachait pas aux dispositions du droit civil sur ce point (3) celles qui se trouvent dans le Code de commerce, au Titre *De la Faillite* (4).

Une deuxième observation, c'est qu'à la matière des faillites viennent aboutir, comme à leur centre, une foule de dispositions éparses dans toutes les parties de notre législation. C'est là que se trouve la solution de difficultés spéciales et fort graves, relatives aux sociétés, aux commissionnaires, à la lettre de change et à d'autres titres encore (5).

Cela posé, j'entre immédiatement en matière.

Quel est le but de toute loi sur les faillites? C'est de protéger les créanciers, le débiteur lui-même et l'ordre public.

Je dis d'abord : *De protéger les créanciers.* Or, comment la loi peut-elle les protéger? En empêchant le débiteur de favoriser les uns au détriment des autres, notamment les créanciers présents au détriment des créanciers absents; en l'empêchant de

(1) Voy. particulièrement les art. 542 et suiv., 546 et suiv., 552 et suiv., du Code de commerce.

(2) Voy. les art. 557-564 du même Code.

(3) Notamment à l'art. 1167 du Code Napoléon.

(4) Art. 446, 447 et 448.

(5) D'une part, le législateur, en posant les règles d'une matière, soit civile, soit commerciale, se trouve bien souvent dans le cas d'indiquer les effets que produirait la faillite de l'une des parties (voy., par exemple, les art. 1188, 1276, 1446, 1613, 1913, 2032 et 2146 du Code Napoléon; 14, 69, 83, 89, 121, 149, 163, 346 et 635 du Code de commerce). D'autre part, le Titre *De la faillite* contient des dispositions qui font partie intégrante de la matière de la *vente* (art. 576-578), du *louage* (art. 450), de la *lettre de change* (art. 444 et 449), etc.

diminuer son actif par des aliénations, ou bien par des actes de mauvaise administration, par des détournements. par des dilapidations, en l'empêchant aussi d'augmenter son passif par de nouvelles dettes qu'il voudrait contracter ; enfin, en fournissant aux créanciers le moyen de réaliser, plus promptement et avec moins de frais que ne le comportait le droit commun, les biens qui sont leur gage, et de répartir de la manière la plus équitable, entre eux, entre eux tous, les sommes provenant de la réalisation de l'actif.

Mais ce n'est pas là l'objet unique de la législation sur les faillites; elle en a un second, c'est de protéger le débiteur. En effet, la faillite est organisée, non pas de manière à sacrifier le débiteur à ses créanciers, mais de manière à concilier ses droits et ses intérêts avec les leurs. On accorde même à ce débiteur certaines immunités. Ainsi, on l'affranchit de la contrainte par corps. Il ne pourrait pas s'en libérer par la cession de biens, laquelle est interdite aux commerçants (art. 541); mais l'exercice de cette contrainte est suspendu tant que durent les opérations de la faillite. A partir du jour où la faillite est déclarée, le débiteur relève, non plus de chacun de ses créanciers en particulier, mais seulement de la majorité, en un mot, de la masse, et il ne peut être privé de sa liberté qu'autant que l'intérêt de cette masse l'exige (1). Et, quand la faillite est arrivée à son terme, quand la liquidation est opérée, le débiteur peut obtenir de la majorité de ses créanciers une déclaration d'*excusabilité*, laquelle le mettra pour l'avenir à l'abri de la contrainte par corps que les créanciers de la faillite voudraient exercer contre lui pour ce qui leur reste dû (2).

Un autre avantage que la faillite procure au débiteur, c'est de pouvoir obtenir de la majorité en nombre de ses créanciers des concessions qui sont obligatoires même pour ceux qui s'y sont opposés, et, à plus forte raison, pour les créanciers absents; c'est

(1) Voy. les art. 455 et 456, 472 et 473.
(2) Voy. les art. 537 et suiv.

l'objet d'un traité appelé *concordat*, lequel n'est possible qu'autant que le débiteur est commerçant et en état de faillite. Voilà pourquoi on dit, au Palais : *Les commerçants seuls ont le droit de faillir*.

La législation sur les faillites a un troisième objet : elle doit protéger l'ordre public, assurer la sécurité du commerce. C'est ainsi qu'elle punit, comme coupable d'un délit, appelé *banqueroute simple* et passible de peines correctionnelles, le commerçant failli qui a commis des imprudences ou des fautes, et comme coupable d'un crime appelé *banqueroute frauduleuse*, justiciable de la Cour d'assises et passible de la peine des travaux forcés, le commerçant failli qui a commis des fraudes. Aussi le livre III du Code de commerce est-il divisé en deux Titres, dont l'un, intitulé : *De la faillite* (1), est relatif aux mesures de protection prises, soit dans l'intérêt des créanciers, soit dans l'intérêt du failli, et dont l'autre, intitulé : *Des banqueroutes* (2), est consacré aux mesures de répression introduites dans l'intérêt de la vindicte publique (3).

— Je dois encore faire remarquer la gravité des conséquences qu'entraîne une déclaration de faillite. Ces conséquences sont graves, au point de vue moral, au point de vue juridique, et au point de vue politique. *Au point de vue moral :* car la déclaration de faillite place le commerçant sous le coup d'une sorte de suspicion, et imprime à son nom une flétrissure. *Au point de vue juridique ou légal :* car le jugement déclaratif frappe le débiteur d'incapacité ; il lui fait perdre l'administration de ses biens, laquelle passe à des mandataires ou administrateurs judiciaires appelés *syndics*. De plus, la faillite aboutit à l'aliénation de tous les biens du débiteur, mobiliers ou immobiliers : on ne lui laisse rien, — rien qu'un modique secours alimentaire, si les créanciers jugent à propos de lui en accorder un (4).

(1) Art. 437-583.

(2) Art. 584-603.

(3) Le Livre III du Code de commerce contient encore un troisième Titre, consacré à la *réhabilitation* (art. 604-614).

(4) Voy. l'art. 530.

Et cependant la faillite a des conséquences plus graves encore, s'il est possible, *au point de vue politique*. En effet, fût-elle exempte de toute faute, provînt-elle de circonstances malheureuses qui n'incriminent en rien la moralité du failli, elle le prive de l'exercice de ses droits politiques, le rend par suite incapable d'exercer aucune fonction publique, grande ou petite (1). Aussi, plus d'une fois, a-t-on vu des membres d'un tribunal de commerce obligés de résigner leurs fonctions, parce qu'ils avaient été frappés d'une déclaration de faillite, des membres de nos assemblées législatives ne pouvoir continuer d'y siéger pour la même cause (2), ou des candidats élus ne pouvoir s'y faire admettre parce qu'ils avaient autrefois été déclarés en faillite et ne s'étaient pas réhabilités.

(1) Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 5 : « L'exercice des droits « de citoyen français est suspendu par l'état de débiteur failli ou d'héri- « tier immédiat, détenteur à titre gratuit de la succession totale ou par- « tielle d'un failli. » Le décret du 22 décembre 1789 portait déjà (Section 1re, art. 5) : « Aucun banqueroutier, failli ou débiteur insolvable, ne « pourra être admis dans les assemblées primaires, ni devenir ou rester « membre soit de l'Assemblée nationale, soit des Assemblées administra- « tives, soit des municipalités. » Voy. aussi la Constitution du 14 septembre 1791 (Titre III, Chap. 1er, Sect. 2, art. 5), le décret du 21 vendémiaire an III, et la Constitution du 5 fructidor an III (Tit. II, art. 13).

Spécialement en ce qui concerne les élections pour le Corps législatif, le décret du 2 février 1852 déclare que les faillis non réhabilités ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales et sont indignes d'être élus (art. 15 et 27). De même, la loi du 4 juin 1853 déclare incapables d'être jurés les faillis non réhabilités (art. 2). On peut remarquer que l'héritier immédiat du failli n'est plus, comme le failli lui-même, incapable d'élire ou d'être élu au Corps législatif ni d'être juré.

Plus tard, en expliquant le Titre *De la réhabilitation* (art. 604-614), j'aurai occasion de revenir sur les conséquences que produit la déclaration de faillite au point de vue des droits politiques.

(2) Voy. le décret du 2 février 1852, art. 28.

TITRE PREMIER.

DE LA FAILLITE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Voyons, avant tout, quels sont les éléments qui constituent l'état de faillite. Ils sont au nombre de deux. L'un est *personnel*, c'est la qualité de commerçant ; l'autre est *réel*, c'est la cessation des paiements. L'art. 437, en effet, définit la faillite, et on l'a toujours définie : *l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements* (1). Donc, aux termes de cet article, il faut, pour qu'il y ait possibilité de faillite, la qualité de commerçant et la cessation de paiements, deux conditions distinctes dont le concours est indispensable.

I. J'expliquerai d'abord la première de ces conditions, celle qui est relative à la qualité de commerçant.

Il faut que cette qualité de commerçant existe, non-seulement de fait, mais encore de droit. Ainsi, un mineur non valablement autorisé à se livrer au commerce (2) aurait beau s'y livrer de fait et en faire sa profession effective, il ne pourrait pas, s'il venait à cesser ses paiements, être déclaré en faillite, ni être poursuivi comme banqueroutier simple ou frauduleux (3). Il ne

(1) Voici le texte même du 1er alinéa de l'art. 437 : « Tout commerçant « qui cesse ses paiements est en état de faillite. » Cette disposition est la reproduction littérale de l'art. 437 du Code de 1808.

(2) Voy. l'art. 2 du Code de commerce.

(3) La banqueroute est un crime ou un délit. On pourrait donc, au premier abord, être tenté de croire qu'un mineur, pourvu qu'il soit déjà *doli* ou *culpæ capax*, peut être tenu comme banqueroutier, de même qu'il

serait pas même privé du droit de faire rescinder ses engagements pour cause de lésion (1) : car il serait protégé par son incapacité, puisque les formalités qui, seules, pouvaient l'effacer n'auraient pas été remplies (2).

Il en serait de même d'une femme mariée qui, sans l'autorisation ou sans le consentement, au moins tacite, de son mari, se serait livrée de fait à l'exercice du commerce. Elle ne serait pas pour cela commerçante, puisqu'elle est restée incapable de le devenir (3); et non-seulement elle ne serait susceptible ni de faillite ni de banqueroute (4), mais encore elle serait en droit de

peut être tenu comme voleur ou comme meurtrier. En effet, d'une part, le Code pénal ne fait aucune différence entre le majeur et le mineur qui a plus de seize ans; et, d'autre part, l'art. 1310 du Code Napoléon est ainsi conçu : « Le mineur n'est point restituable contre les obligations résul- « tant de son délit ou quasi-délit. » Mais, ainsi que le dit très-bien la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt de cassation du 17 mars 1853, « la banqueroute frauduleuse et la banqueroute simple « constituent des crime et délit d'une nature spéciale, distincts des autres « crimes et délits prévus par le Code pénal, et dont les commerçants « faillis peuvent seuls être déclarés coupables » (Dev.-Car., 53, 1, 230).

(1) Conformément au principe général posé dans l'art. 1305 du Code Napoléon. En d'autres termes, il n'y aurait pas lieu d'appliquer ici l'article 1308 du même Code.

(2) D'après les expressions de l'art. 2, déjà cité, il ne serait pas *réputé majeur* quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce.

(3) Voy. l'art. 4 du Code de commerce.

(4) On admet généralement (voy. la *dissertation sur la légalité des sociétés commerciales stipulées entre deux epoux*, par Ennemond Périer) qu'une femme mariée ne peut pas, surtout quand elle est mariée sous le régime de la communauté, former une société en nom collectif avec son mari. Il en résulte que la femme qui s'est ainsi associée ne peut pas être considérée comme ayant été valablement autorisée à faire les actes de commerce qu'elle fait par suite de l'association, et qu'en conséquence elle ne peut pas être condamnée comme coupable du crime ou du délit de banqueroute. C'est aussi ce qu'a décidé la Chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt de cassation, le 9 août 1851. Dans cet arrêt, la Cour pose en principe que, « nul ne pouvant être déclaré banqueroutier simple « ou frauduleux s'il n'est commerçant failli, il appartient aux tribunaux de « répression de vérifier l'existence de cet élément constitutif du crime ou « du délit de banqueroute » (Dev.-Car., 52, 1, 281). Je reviendrai bientôt sur ce principe.

se prévaloir de son incapacité pour faire annuler ses engagements (1). Je n'ai pas besoin d'ajouter qu'elle ne serait pas contraignable par corps, car les femmes ne sont soumises à cette voie d'exécution qu'autant qu'elles sont commerçantes (2).

Il y a cependant deux classes de personnes pour lesquelles il peut s'élever quelques difficultés. Ce sont : 1° les étrangers faisant le commerce en France ; 2° les individus qui se sont livrés au commerce, nonobstant une prohibition légale qui devait les en empêcher.

Quant aux étrangers, on se demande si, lorsqu'ils exercent le commerce en France, ils pourront être soumis, dans le cas où ils viendraient à cesser leurs paiements, à la législation française sur les faillites? La question offre un véritable intérêt pratique : car il y a en France un grand nombre d'étrangers qui ont formé des établissements de commerce ; ce sont notamment des étrangers qui sont à la tête des principales maisons de banque. Voyons donc si, quand ils viennent à cesser leurs paiements, on peut leur appliquer la loi française. L'affirmative ne me paraît pas douteuse. En effet, d'abord les lois de police et de sûreté obli-

(1) Une femme mariée en communauté avait contracté avec son mari une société en nom collectif; puis elle avait souscrit des obligations à l'occasion du commerce qui faisait l'objet de la société. Le tribunal de Charleville, par jugement du 21 mars 1861, commence par reconnaître que, si la société est nulle, la nullité de ces obligations devra s'ensuivre; il décide qu'effectivement la société est nulle, et qu'en conséquence la femme a été incapable de s'obliger. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour de Metz du 22 août 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 330).

(2) Il est manifeste que la femme mariée qui se livre au commerce et qui, par suite, souscrit des engagements sans l'autorisation de son mari, n'est pas contraignable par corps, puisqu'en principe elle n'est même pas obligée. Seulement il serait possible que cette femme mariée eût tiré profit de l'engagement qu'elle a contracté : alors elle serait bien obligée, aux termes de l'art. 1312 du Code Napoléon, *quatenus locupletior facta est ;* mais elle ne serait pas pour cela contraignable par corps. De même, si une femme qui se livre habituellement à des actes de commerce sans le consentement de son mari, avait été autorisée spécialement pour un de ces actes, elle pourrait bien être obligée en vertu dudit acte, mais non contraignable par corps : c'est ce qui ressort clairement de la loi du 17 avril 1832, art. 2.

gent même les étrangers résidant en France (1) ; et, dès lors, il est clair qu'il faut leur appliquer les dispositions sur la banqueroute. Il faut aussi leur appliquer celles qui sont relatives à la faillite : car elles ont pour but principal de protéger les créanciers contre le débiteur ; or on ne peut refuser aux créanciers contre le débiteur étranger une protection qu'on leur accorde contre le débiteur français. Mais, en partant de cette donnée, n'y aurait-il pas lieu de faire une distinction? Ne faudrait-il pas appliquer au cas de faillite d'un débiteur étranger seulement les dispositions de notre loi qui sont favorables aux créanciers, et non celles qui sont favorables au débiteur? On n'en protégerait que mieux, ce semble, les créanciers français. En somme, cette distinction est inadmissible : car, outre qu'il y aurait quelque chose d'inique à priver des avantages celui qu'on soumet aux charges résultant de la qualité de failli, l'intérêt du débiteur est ici inséparable de celui des créanciers : ce qui est favorable à l'un est favorable aux autres (2).

(1) Voy. l'art. 3 du Code Napoléon.

(2) Voici ce que j'écrivais déjà en 1856, dans mes notes sur le *Traité du droit international privé* de Fœlix (t. II, p. 206) : « Il va sans difficulté « qu'un tribunal français peut déclarer la faillite d'un commerçant étranger : « c'est là une mesure conservatoire. Il y a plusieurs décisions en ce sens, « et notamment un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du « 7 octobre 1846. » Depuis, il est intervenu un arrêt de la Cour de cassation, et je dois m'arrêter quelques instants sur l'affaire à l'occasion de laquelle il a été rendu :

Un jugement par défaut du tribunal de commerce de la Seine avait déclaré la faillite d'un Anglais établi en France et y faisant le commerce. Un créancier français avait formé opposition à ce jugement; mais son opposition avait été reconnue mal fondée, par le motif « qu'aux termes de l'art. 437 du « Code de commerce, tout commerçant qui cesse ses paiements est en état « de faillite, et que le législateur n'a pas eu à distinguer entre les régni- « coles et les étrangers, alors qu'il s'agissait de sauvegarder, par la pro- « clamation de l'état de cessation de paiements, les intérêts des créan- « ciers. » Sur l'appel, ce jugement avait été confirmé purement et simplement par un arrêt de la Cour impériale de Paris, du 22 janvier 1857. Le créancier se pourvut alors en cassation; et voici, en résumé, ce qu'on faisait valoir à l'appui du pourvoi :

« En matière de faillite, disait-on, il y a une série de dispositions, les unes rigoureuses, les autres favorables, calculées de manière à se faire contre-

Maintenant, que faut-il décider quand une personne à laquelle une fonction officielle dont elle était investie interdisait le commerce s'y est livrée néanmoins et a fini par cesser ses paie-

poids. Là où les dispositions rigoureuses sont inapplicables, le commerçant qui cesse ses paiements ne peut plus réclamer la faillite comme un droit. Or, parmi les dispositions rigoureuses, se trouvent des incapacités politiques : l'étranger, sous ce rapport, ne pouvant pas être frappé comme failli, il est impossible que la faillite constitue pour lui un droit. Ainsi, lorsqu'un commerçant étranger cesse ses paiements, il peut bien appartenir à ses créanciers ou à la société, mais non à lui-même, de poursuivre sa mise en faillite. — D'un autre côté, la faillite fait partie du droit civil et non du droit naturel, elle n'est qu'une création arbitraire de la loi positive : c'est donc un de ces droits auxquels l'étranger ne peut aspirer que dans la mesure de la réciprocité diplomatique, conformément à l'art. 11 du Code Napoléon. — Enfin la doctrine suivant laquelle l'étranger peut se faire mettre en faillite malgré ses créanciers français, cette doctrine vient se heurter contre des textes formels. L'étranger déclaré en faillite restera-t-il soumis à l'arrestation provisoire? D'une part, le droit à la faillite une fois reconnu au profit de l'étranger, l'étranger peut invoquer tous les priviléges de la faillite, ce qui comprend notamment l'exemption des poursuites individuelles des créanciers; et, d'autre part, l'arrestation provisoire de l'étranger peut toujours être ordonnée à la requête d'un créancier français, par cela seul que l'étranger n'est pas dans le cas d'invoquer l'art. 16 de la loi du 17 avril 1832. »

Malgré cette argumentation spécieuse, du moins dans quelques-unes de ses parties, la Chambre des requêtes rejeta le pourvoi par un arrêt, du 24 novembre 1857, motivé comme il suit : « Attendu, en droit, que la généra-« lité des termes de l'art. 437 du Code de commerce rend la déclaration « de faillite applicable aux étrangers comme aux Français, et que les dis-« positions de la loi du 17 avril 1832 n'ont rien d'incompatible avec la mise « des étrangers en état de faillite; — Attendu que l'état de faillite, loin « d'être le résultat de l'exercice d'un droit civil soumis à la réciprocité « exigée par l'art. 11 du Code Napoléon, n'est que la conséquence du fait « de cessation de paiements, fait dont la constatation judiciaire est ordonnée « dans un intérêt d'ordre public; — Attendu que la loi, qui impose princi-« palement au commerçant failli l'obligation d'assurer cette constatation « par sa déclaration personnelle de la cessation de ses paiements, lui « inflige des peines, soit à raison de l'inobservation de ce devoir, soit à « raison de certains faits consommés pendant sa gestion commerciale; « qu'elle a ainsi les caractères d'une loi de police obligeant tous ceux qui « habitent le territoire français; — Que, dès lors, la déclaration de faillite « des frères Gandell était, non-seulement autorisée, mais encore impérieu-« sement prescrite... » (Dev.-Car., 58, 1, 65).

Tous les auteurs admettent effectivement qu'un étranger peut être

ments? Pourra-t-on la déclarer en faillite, la condamner comme coupable de banqueroute simple ou frauduleuse? Oui : car les personnes dont il s'agit ne sont pas incapables de faire le com-

déclaré en faillite par un tribunal français, sans distinguer si la déclaration intervient sur la demande de l'étranger lui-même ou sur la demande de ses créanciers, ou si elle est prononcée d'office par le tribunal. — Mais la Cour de cassation me paraît aller trop loin quand elle dit, en termes absolus, que les dispositions de la loi du 17 avril 1832 n'ont rien d'incompatible avec la mise des étrangers en état de faillite : après le jugement qui déclare la faillite d'un étranger, un créancier français ne pourrait plus réclamer contre ce failli l'application de l'art. 14 de la loi de 1832. On peut seulement admettre, avec le tribunal de la Seine (jugement du 28 février 1856), que cet étranger failli reste soumis à l'arrestation provisoire, conformément à l'art. 15 de la même loi de 1832. Voy. mes notes sur Fœlix, t. II, p. 235.

— De même qu'un étranger qui fait le commerce en France peut être mis en état de faillite par un tribunal français, de même il va de soi qu'un Français qui fait le commerce dans un pays étranger peut être mis en état de faillite par un tribunal de ce pays.

— Le jugement déclaratif de faillite a-t-il autorité, est-il exécutoire, en dehors du territoire de l'État auquel appartient le juge qui l'a rendu? C'est là une question très-large, dont la solution variera suivant les principes consacrés dans la législation des différents États. Bornons-nous à indiquer rapidement l'effet que peut avoir en France le jugement déclaratif de faillite rendu par un tribunal étranger.

D'abord, toutes les fois que c'est un Français qui a été déclaré en faillite par un tribunal étranger, je pose en principe que le jugement du tribunal étranger n'a pas en France autorité de chose jugée, et que la question de savoir s'il y a réellement faillite peut être débattue par devant un tribunal français, conformément à l'art. 121 de l'Ordonnance de 1629, que je considère comme n'ayant jamais été abrogé sur ce point. Voy le *Traité du droit international privé* de M. Fœlix, 3e édition, t. II, nos 347 et suiv. Et je trouve une application pure et simple de ce principe dans l'art. 15, n° 17, du Décret du 2 février 1852, aux termes duquel « ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales les faillis non réhabilités dont la faillite a « été déclarée soit par les tribunaux français, soit par jugements *rendus à « l'étranger, mais exécutoires en France.* »

Supposons maintenant que c'est un étranger qui a été déclaré en faillite par un tribunal étranger. Ici j'admets, d'une manière générale, que le jugement a autorité de chose jugée, qu'il doit être tenu pour bien rendu, même en France. Mais plusieurs questions de détail peuvent se présenter :

1° Le tribunal étranger qui a déclaré la faillite ayant nommé des syndics qu'il a chargés de procéder à certains actes, ces syndics pourront-ils procéder en France aux actes dont il s'agit? M. Fœlix admettait l'affirmative,

merce, comme le sont les femmes mariées non autorisées de leur mari ou les mineurs non habilités conformément à l'art. 2 du

et je l'admettais après lui en 1856 : je décidais, en conséquence, que les syndics ont qualité, en France comme dans le pays où ils ont été nommés, à l'effet de recouvrer les sommes dues au failli et de poursuivre la vente des biens qui lui appartiennent. « En effet, disais-je, la procuration donnée « en pays étranger vaut en France; or les syndics sont de véritables manda- « taires des créanciers de la faillite » (*Traité du droit international privé*, t. II, p. 204). M. Massé, dans sa 1re édition, faisait à cet égard une distinction : il ne reconnaissait aux syndics qualité pour agir en France qu'autant que le jugement déclaratif de faillite avait été rendu avec le consentement du failli. Depuis, il a abandonné cette distinction, pour se rallier complétement à notre doctrine (*Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 2e édit., t. II, nº 809).

2º Le jugement déclaratif rendu en pays étranger peut-il faire obstacle à des poursuites individuelles qu'on voudrait exercer en France sur les biens ou sur la personne du débiteur? Oui, si c'est un étranger qui veut exercer les poursuites dont il s'agit; si au contraire c'est un Français, le jugement étranger, non déclaré exécutoire en France, ne saurait lui être opposé efficacement. Voy., sur ce point, un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes, du 20 janvier 1858 (*Journal des Avoués*, année 1858, p. 279).

3º Le jugement déclaratif de faillite, rendu par un tribunal étranger, peut-il, aux yeux de la loi française, altérer la capacité de la personne? M. Fœlix semble bien admettre l'affirmative, d'une manière absolue : il met sur la même ligne le jugement qui prononce l'interdiction et le jugement qui déclare la faillite (*Droit internat. privé*, 3e édit., t. 1er, p. 188). M. Massé fait une distinction : suivant lui, l'étranger mis en état de faillite par un tribunal étranger ne serait plus admis à l'escompte de la Banque de France et pourrait se voir refuser l'entrée de la Bourse; mais les actes qu'il passerait en France ne pourraient pas être annulés par application du jugement déclaratif (*Le droit commercial*, 2e édition, t. I, nos 546 et 557; t. II, nº 809). Cette distinction me paraît fondée. Spécialement, si nous supposons que l'étranger dont il s'agit était propriétaire d'un immeuble en France et qu'il l'a vendu, il ne me paraît pas possible de considérer cette vente comme devant être annulée dans l'intérêt de la faillite. En effet, lorsqu'un jugement déclaratif de faillite émane d'un tribunal français, l'inscription qui, aux termes de l'art. 490 *in fine* du Code de commerce, doit être prise sur les immeubles du failli, avertit les tiers qu'ils aient à s'abstenir désormais de traiter avec lui; mais les art. 2123 *in fine* du Code Napoléon et 546 du Code de procédure s'opposent à ce qu'une pareille inscription puisse être prise en vertu du jugement émané d'un tribunal étranger : alors, ce jugement n'étant pas porté en France à la connaissance des tiers, il serait trop dur qu'on pût leur opposer l'incapacité qui en est résultée pour le failli. Comp. mes notes sur Fœlix, t. II, p. 205.

Code de commerce ; il leur est seulement interdit de faire le commerce, et, quand elles contreviennent à cette prohibition, elles pourront bien encourir une peine disciplinaire, puisqu'elles auront manqué à un devoir de leur profession officielle, mais elles n'en seront pas moins traitées comme des commerçants ordinaires, puisqu'elles ont fait tout ce qui constitue le commerçant. Elles seront donc passibles, et de la procédure de la faillite, et des peines édictées contre la banqueroute simple ou frauduleuse : car la contravention qu'elles ont commise n'est point à leur décharge, mais à leur charge en quelque sorte; elle ne peut en rien atténuer la position qu'elles se sont faite comme commerçants, elle ne peut les soustraire en aucune façon aux conséquences de cette qualité (1).

(1) Ainsi, dans la pratique, on a vu plus d'une fois des receveurs de l'enregistrement, des percepteurs des contributions, des notaires, déclarés en état de faillite. Voy. M. Bédarride, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. Ier, nº 30; voy. aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, *Traité de droit commercial*, 2e édit., t. VI, nº 17.

— Ce principe, que les commerçants seuls peuvent être en faillite, n'était point connu dans notre ancien droit; aujourd'hui encore il n'est point consacré dans toutes les législations étrangères.

L'Ordonnance de 1673 paraît bien admettre qu'un débiteur non commerçant peut *faire faillite*, tout comme un commerçant. Voici, en effet, ce que je lis dans cette Ordonnance : « Ceux qui auront fait faillite seront tenus « de donner à leurs créanciers un état, certifié d'eux, de tout ce qu'ils pos« sèdent et de tout ce qu'ils doivent. Les négociants, marchands et ban« quiers seront encore tenus de représenter tous leurs livres et registres, « cotés et paraphés en la forme prescrite, pour être remis au greffe des « juges-consuls... » (Tit. XI, art. 2 et 3). Ainsi, dans le système de l'Ordonnance, tout débiteur qui fait faillite doit remettre à ses créanciers un état de son actif et de son passif; s'il est commerçant, il doit de plus représenter les livres qu'il lui était enjoint de tenir. Comme le disent très-bien MM. Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, nº 1), « on ne connaissait pas deux « catégories de débiteurs refusant de payer leurs dettes par impuissance « ou par mauvais vouloir, les uns commerçants, les autres non-commer« çants. Le mot *déconfiture*, synonyme d'*insolvabilité*, exprimait en légis« lation l'état de tous ces débiteurs : un droit unique et commun les régis« sait tous. » L'Ordonnance de 1673 est la première loi générale où nous trouvions le mot *faillite;* bien avant l'Ordonnance, il était entré dans le langage des auteurs et même dans le style du Palais, mais toujours comme

II. Je passe à la deuxième condition nécessaire pour constituer l'état de faillite : c'est la cessation des paiements.

Que faut-il entendre par cette expression *cessation des paie-*

synonyme de *déconfiture*. Et il importe de remarquer que l'Ordonnance elle-même ne prescrit rien de semblable à ce que nous appelons aujourd'hui le *jugement déclaratif de la faillite*.

En Angleterre, jusqu'à ces derniers temps, et encore sous l'empire de la loi du 1er août 1849, le commerçant (*trading*) pouvait seul être déclaré failli (*bankrupt*). Voy. MM. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, 3e édit., t. I, p. 208 et suiv., et Colfavru, *Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 494. Mais la loi actuellement en vigueur, loi du 6 août 1861, admet que l'état de faillite (*bankruptcy*) peut s'appliquer même aux non-commerçants. Cela résulte notamment des articles qui suivent :

Art. 69. « Tous débiteurs, commerçants ou non-commerçants, seront « soumis aux dispositions de la présente loi; mais aucun débiteur non- « commerçant ne sera déclaré en faillite (*shall be adjudged bankrupt*) s'il « ne se trouve dans l'un des cas de faillite (*acts of bankruptcy*) indiqués ci- « après comme applicables à un non-commerçant. »

Art. 70. « Si une personne non-commerçante, dans l'intention de frus- « trer ou de faire attendre ses créanciers, quitte ce royaume, ou si, étant « déjà hors de ce royaume, elle reste à l'étranger dans la même intention, « ou si, toujours dans la même intention, elle fait quelque convention, « donation, livraison ou transport frauduleux, au sujet de ses biens réels « ou personnels ou d'une partie d'entre eux, cette personne sera réputée « par là même être dans un cas de faillite. Toutefois, avant de la déclarer « en faillite, on observera les règles suivantes :

« I. Une copie de la demande en déclaration sera signifiée au débiteur « en personne, soit dans le ressort de la juridiction, soit dans telle ville ou « campagne, ou dans tel pays étranger que la Cour déterminera pour at- « teindre le but poursuivi;

« II. Au dos de cette copie se trouvera, dans la forme indiquée par un « Ordre général, un *memorandum* spécifiant le délai dans lequel le débiteur « devra se présenter sur la demande; ce délai, quand la signification doit « être faite en pays étranger, est celui que la Cour estime raisonnable en « tenant compte de la localité où la signification aura lieu;

« III. Dans aucun cas, le délai pour se présenter ne doit être au-dessous « de trente jours à dater de la signification;

« IV. Si la signification à personne n'a pas été effectuée, la Cour se con- « tentera d'efforts raisonnables faits pour l'effectuer, lorsque les tentatives « pour signifier la demande sont venues à la connaissance du débiteur et « ont échoué par son fait;

« V. Si, à l'expiration du délai fixé pour la comparution, la Cour, d'a- « près la demande, est convaincue que la personne se trouve dans un

ments? C'est la perte du crédit, l'extinction de la vie commerciale, et cette extinction se manifestera par des refus de paiements. Du reste, il ne faudra pas considérer comme refus de paiement pouvant constituer cessation des paiements, tous les refus que le débiteur aura pu opposer à des demandes de paiement. Il faudra faire abstraction de ceux qui s'expliqueront, qui se justifieront par leur cause, et qui n'indiqueront pas un état de détresse ou un parti pris de ne pas payer. Tels sont les refus fondés sur ce que le commerçant ne doit pas, ou sur ce qu'il est libéré par compensation ou autrement : ce ne sont pas là, à proprement parler, des refus, ce sont des exceptions légitimes. Toutefois, il serait possible qu'il n'y eût là qu'un prétexte, qu'un expédient employé par le débiteur pour colorer son impuissance de s'acquitter ou sa mauvaise volonté à le faire : alors, quand une fois la vérité serait connue, on considérerait ces allégations pour ce qu'elles sont réellement, pour des refus de paiements déguisés, et ces refus auraient par cela même autant de gravité que s'ils avaient été faits sans détour : car ils impliqueraient, de la part du débiteur, une sorte de déloyauté, en même temps qu'un état de discrédit qu'il connaissait et qu'il cherchait à dissimuler.

Supposons qu'il s'agit de véritables refus de paiements, et qu'ils sont reconnus pour tels : faudra-t-il qu'à ces refus de paiements il se joigne absence complète de paiements? faudra-t-il, en un mot, que le débiteur ait cessé tous ses paiements,

« cas de faillite, suivant l'esprit du présent article, la personne pourra être « déclarée en faillite.... »

En Allemagne, l'état de faillite (*Concurs*) peut s'appliquer aux non-commerçants aussi bien qu'aux commerçants. Voy. MM. Renouard, *Faillites et banqueroutes*, 3e édit., t. I, p. 217 et suiv.; Fœlix, *Droit international privé*, 3e édit., t. II, nº 538.

— Je rechercherai un peu plus loin si, sous l'empire de notre loi française, une personne qui a quitté le commerce peut encore être mise en état de faillite. Il est bien entendu que la question ne peut être soulevée qu'à l'occasion de dettes contractées par cette personne à un moment où elle faisait le commerce.

qu'il ait opposé des refus à toutes les demandes de paiement qui lui ont été adressées? Non certainement : car, s'il en était ainsi, il suffirait au débiteur, pour échapper à une déclaration de faillite, de payer la plus modique de ses dettes en laissant toutes les autres en souffrance (1).

Ne faudra-t-il pas du moins qu'il ait cessé la généralité de ses paiements, qu'il y ait un plus grand nombre de dettes impayées que de dettes acquittées? C'est une règle que proposent plusieurs auteurs, qui subordonnent ainsi, comme on voit, l'existence de la faillite à une supputation du nombre des paiements et de celui des refus de paiement. Mais, d'abord, n'y a-t-il pas quelque chose de peu satisfaisant, de peu raisonnable même, alors qu'il s'agit d'apprécier la situation du commerçant au point de vue commercial, au point de vue pécuniaire et financier, à subordonner cette appréciation à une opération purement matérielle, à une opération simplement arithmétique? Ensuite, qui ne voit que les refus de paiement ne sont par eux-mêmes que des indices, que des symptômes? Donc, quelque nombreux qu'ils soient, si le crédit du débiteur n'en était pas affecté, s'ils ne l'empêchaient pas de conserver l'estime du commerce et la confiance de ses correspondants, ils ne pourraient pas entraîner contre lui une déclaration de faillite. C'est ce qui arrive dans les crises commerciales. Quand la crise est à son plus haut degré d'intensité, il y a très-peu de commerçants, même parmi les plus honorables, même parmi ceux dont le crédit est le plus solidement établi, qui ne suspendent momentanément leurs paiements ; ces refus de paiement, fussent-ils constatés par des protêts ou autres actes, tels que des citations, des commandements, n'affectent pas leur crédit : car ils sont la suite, non d'une mauvaise situation, mais de circonstances qui pèsent sur tout le

(1) D'après le projet du Livre III du Code de commerce, tel qu'il fut voté par le Conseil d'Etat dans la séance du 23 mai 1807, il devait y avoir *cessation de tous paiements ;* mais cette rédaction fut modifiée, sur les observations du Tribunat. Voy. Dalloz, *Jurispr. génér.*, v° *Faillite,* n°s 23 et 64.

commerce en général et qui constituent une sorte de force majeure. Au contraire, en temps ordinaire, un seul protêt, s'il révèle un état de discrédit, suffira pour motiver contre celui qui l'aura subi une déclaration de faillite.

On le voit donc, ce n'est pas au plus ou moins grand nombre de refus de paiement qu'il faut s'attacher ; c'est à la nature des dettes qui ont été ou n'ont pas été payées, c'est aux circonstances dans lesquelles se sont produits les refus de paiement, c'est surtout à l'influence que les refus de paiement ont pu avoir sur les relations du débiteur avec ses correspondants, sur l'estime et la confiance dont il jouissait de la part du commerce en général. En un mot, je crois qu'on ne doit pas se borner à compter les refus de paiement, mais qu'on doit les peser (1).

— Ne faudra-t-il pas au moins que les refus de paiement aient pour objet des dettes commerciales ? Sous l'empire de l'ancien texte du Code, l'affirmative ne semblait pas douteuse, car

(1) « La généralité de la cessation de paiements est un fait complexe, « qui échappe à la détermination de conditions précises et dont il est sage « de confier la constatation à la prudence discrétionnaire du juge. *Ad « probandam decoctionem*, dit Casaregis, *certa regula non est in jure deter- « minata* » (M. Renouard, *op. cit.*, t. 1, p. 234). Cela, au fond, est parfaitement juste. Seulement le mot *généralité*, employé par M. Renouard (qui définit la faillite *l'état d'un commerçant qui manque à la généralité de ses engagements*), peut être critiqué, et n'est même pas d'accord avec la doctrine de cet auteur : car, ainsi que le font très-bien remarquer MM. Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, p. 29), « la *généralité des engagements* ne « peut s'entendre que de *tous les engagements, moins quelques rares excep- « tions* ; » or, un seul refus de paiement pourrait, suivant les cas, être réputé suffisant pour motiver la déclaration de faillite.

La jurisprudence paraît cependant avoir adopté le langage de M. Renouard. Ainsi je lis dans un arrêt de la Cour impériale de Colmar, du 19 avril 1850, « qu'un commerçant n'est en faillite, d'après l'art. 437 du « Code de commerce, que lorsque, privé de toutes ressources, il cesse « ses paiements ; que, s'il n'est pas indispensable que cette cessation soit « absolue, il faut du moins qu'elle soit assez *générale* pour ne laisser « aucun doute sur l'impossibilité manifeste où se trouve le commerçant de « faire face à ses engagements et de continuer le commerce » (Dev.-Car. 61, 2, 25). — Voy. aussi un arrêt de la Cour de Metz, du 6 décembre 1855 (Dev.-Car., 56, 2, 171).

l'ancien art. 441 disait : « L'ouverture de la faillite est déclarée « par le tribunal de commerce; son époque est fixée, soit par la « retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit « par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de « payer des engagements de commerce. Tous les actes ci-dessus « mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la fail- « lite, que lorsqu'il y aura cessation de paiements ou déclaration « du failli. »

Mais, en 1838, cette disposition a été supprimée, et elle ne se trouve plus dans le Code. Ne faut-il pas conclure de ce retranchement qu'on a voulu faire disparaître toute distinction entre les dettes civiles et les dettes commerciales? Je ne le pense pas : car ce serait une atteinte portée à un des principes fondamentaux du système du Code, et un pareil changement ne se serait pas effectué sans être indiqué dans les exposés de motifs du gouvernement, dans les rapports des commissions, et dans les discours des orateurs qui ont pris part à la discussion. Or, il ne s'y trouve nullement indiqué, il n'y a même pas été fait la moindre allusion. On ne saurait donc induire du retranchement de l'art. 441 le rejet de la distinction essentielle que consacrait cet article (1).

A cette considération, il faut ajouter un argument que fournit l'art. 437. Cet article a défini la faillite, comme le faisait l'ancien texte, *l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements;* or, ces mots *cessation de paiements*, qui ont pour corrélatifs *continuation de paiements*, supposent par eux-mêmes qu'il s'agit là de dettes commerciales : car les dettes commerciales seules sont assez nombreuses et contractées à des échéances assez rappro-

(1) « La disposition de l'ancien art. 441 avait pour objet d'indiquer à « quels signes il fallait reconnaître l'époque de l'ouverture d'une faillite, « c'est-à-dire l'époque où le débiteur a cessé de payer. Dans le nouveau « système, on a tout remis à la discrétion du juge : *decoctus quis sit,* dit « Casaregis, *remissum est arbitrio judicis.* On n'a pas cru devoir rédiger un « texte uniquement pour rappeler les derniers mots de celui qu'on suppri- « mait » (MM. Delamarre et Lepoitvin, *op. cit.*, t. VI, p. 55).

chées pour qu'il puisse y avoir dans le paiement de ces dettes une continuation ou une cessation. Les dettes civiles ne sont pas en assez grand nombre et les échéances n'en sont pas échelonnées de telle sorte qu'elles puissent offrir dans leur paiement une cessation ou une discontinuation.

Enfin, il y a ici un argument de principe qui me paraît d'un grand poids. La faillite ne peut s'appliquer qu'à un commerçant; et dès lors ne serait-il pas souverainement illogique de la faire résulter d'actes étrangers à cette qualité, d'actes qui ne s'y rattachent en aucune façon? Ne serait-ce pas mettre la conséquence en désaccord avec le principe, l'effet en contradiction avec la cause?

Je crois donc qu'aujourd'hui, comme sous l'empire de l'ancien texte du Code, il faut, pour qu'un débiteur commerçant soit susceptible d'être déclaré en faillite, qu'il ait cessé de payer ses dettes commerciales. C'est là la règle, le principe général (1).

Toutefois, je crois que nous devons, mais dans une juste mesure, avoir égard au changement de rédaction fait en 1838, au retranchement de l'ancien art. 441. En effet, si nous nous en tenons aux textes qui nous régissent actuellement, nous ne trou-

(1) La grande majorité des auteurs s'est prononcée en ce sens. Voy. notamment MM. Bédarride (*Traité des faillites et banqueroutes*, 4e édit., t. I, nº 19), Massé (*Le droit commercial*, 2e édition, t. II, nº 1151), Dalloz (*Jurispr. gén.*, vº *Faillite*, nº 69), Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, p. 50 et suiv.), Alauzet (*Comment. du C. de comm.*, t. IV, nº 1636). M. Renouard, dans sa première édition, avait émis une opinion contraire; aujourd'hui, il dit seulement, ce qui est incontestable, que, si les saisies amenées par le défaut de paiement de dettes civiles portent sur la généralité de l'actif et arrêtent la généralité des paiements, la faillite pourra être déclarée (*op. cit.*, 3e édit., t. I, p. 274).

Quant à la jurisprudence, la Cour de Nancy, par un arrêt bien souvent cité, du 30 juillet 1842, dit expressément qu'il n'y a pas à distinguer entre les dettes civiles et les dettes commerciales, et qu'un commerçant est tenu de faire honneur à tous ses engagements, quels qu'ils soient, sous peine d'être déclaré en état de faillite. Et la même idée se retrouve dans les *considérants* d'un jugement que la Cour de Rouen a confirmé, le 14 mai 1853, mais par d'autres motifs (Dev.-Car., 54, 2, 428). J'aurai bientôt occasion de revenir sur cet arrêt.

vons, dans le Code de commerce, rien autre chose que la disposition de l'art. 437, qui définit la faillite *la cessation des paiements*, et celle du nouvel art. 441, qui laisse au tribunal de commerce toute latitude pour apprécier s'il y a ou non cessation de paiements; mais il n'y a aucun texte où il soit dit positivement que les refus de paiement doivent s'appliquer à des dettes commerciales. Je conclus de là, non pas, sans doute, qu'on pourra mettre en faillite le commerçant qui paie ses dettes commerciales, par cela seul qu'il aurait manqué de s'acquitter envers des créanciers civils, mais du moins que, quand il y aura tout à la fois des refus de paiement de dettes commerciales et des refus de paiement de dettes civiles, on devra tenir compte des uns et des autres, et envisager la position du débiteur dans son ensemble : c'est, en effet, la meilleure manière de la bien apprécier. Les refus de paiement de dettes civiles, pris isolément et en eux-mêmes, ne pourront donc pas être mis dans la balance où sera pesé le crédit du débiteur; seulement, ils pourront ajouter aux refus de paiement de dettes commerciales un poids qui fera pencher la balance du côté de la faillite, poids sans lequel les refus de paiement de dettes commerciales ne suffiraient pas pour l'entraîner (1).

— Une autre question, qui se rattache à celle-là et aux précédentes, mais qui est sans contredit la plus grave, c'est de savoir si, quelle que soit la nature des dettes impayées, il ne faudra pas, pour rendre possible la déclaration de faillite, qu'il y ait des refus de paiement bien caractérisés et des actes qui les constatent. L'ancien art. 441 fournissait un argument puissant dans le sens de l'affirmative. En effet, d'après cet article, l'époque de

(1) Voy. en ce sens M. Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1636). Et la Cour de Rouen, dans son arrêt précité du 14 mai 1853, dit positivement ceci : « En « admettant qu'on ne peut prendre pour point initial de la cessation de « paiements, constituant l'état de faillite, l'inexécution par un commerçant « de ses engagements civils, il est au moins possible de la faire concourir, « avec les autres éléments révélés par les débats, à déterminer à quelle « époque ce commerçant a réellement cessé de faire honneur à ses enga« gements » (Dev.-Car., 54, 2, 428).

l'ouverture de la faillite était fixée soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce. Il fallait donc qu'il y eût, non-seulement des refus matériels de paiement, mais encore des actes constatant ces refus : tel est du moins l'argument qu'on pouvait tirer de ce texte. Mais c'était là argumenter de la lettre de la loi contre son esprit : car, comme je l'ai déjà montré, les protêts et autres actes constatant les refus de paiement ne sont que des symptômes, que des indices de la situation où se trouve le débiteur ; or, si l'état du débiteur, quoique ne se manifestant pas par ces symptômes, qui sont les plus ordinaires, se manifeste cependant par d'autres, qui attestent de la manière la plus évidente sa détresse et son discrédit, comment pourrait-on se dispenser de reconnaître ce discrédit, qui est complet, je le suppose, irrémédiable, et de le constater par une déclaration de faillite ?

Supposons, par exemple, que le débiteur, précisément en vue d'empêcher qu'on n'ait à lui opposer aucun refus constaté de paiement, ait demandé du temps à ses créanciers ; qu'il ait payé des à-compte à ceux qui se montraient les plus pressants et qui le menaçaient de le poursuivre, mais que, pour se procurer les sommes qui ont servi à fournir ces à-compte, il ait été réduit à réaliser précipitamment et à perte des effets de portefeuille et autres valeurs mobilières ; que, faute de pouvoir en payer le prix, il ait été dans la nécessité de restituer des marchandises ou autres objets à ceux qui les lui avaient vendus ; qu'il ait même mis ses immeubles en vente : est-ce qu'il n'y aura pas dans toutes ces circonstances réunies un état caractérisé de cessation de paiements, la preuve d'un discrédit complet, d'une extinction totale de la vie commerciale ? Et pourra-t-on se dispenser de le déclarer, par cela seul qu'il n'y aura pas d'acte de protêt ou d'autres actes constatant des refus de paiement ? Non, on ne le pourra pas : car ce serait aller contre la vérité, contre l'évidence ; ce serait sacrifier la réalité à une

circonstance insignifiante en elle-même et qui ne peut rien changer à la situation véritable. Cette situation est d'autant plus grave que le débiteur, pour la dissimuler, pour la déguiser, a eu recours à des expédients ruineux, lesquels n'attestent que mieux son discrédit, ce que son état a de désespéré et la conscience qu'il en avait.

Ce système, je le soutenais même sous l'empire de l'ancien art. 441, qui pourtant y était peu favorable, au moins dans ses termes (1); mais il a bien plus de chances de prévaloir sous l'empire de la loi nouvelle, puisque celle-ci n'a point reproduit la disposition dont il s'agit, et qu'ainsi tombe l'argument qu'on en tirait. Aujourd'hui, aucun texte n'exige que les refus de paiement soient constatés par des actes formels et directs, ni même qu'il y ait des refus proprement dits et formels de paiement. On s'est borné à dire dans l'art. 437 que la faillite est l'état de cessation des paiements, et dans l'art. 441 qu'il appartient au tribunal de commerce de décider si elle existe et à quelle époque elle a eu lieu. On a donc entendu conférer à ce tribunal un pouvoir discrétionnaire et souverain d'appréciation; et, toutes les fois que dans la conviction des juges le débiteur se trouvera dans une situation désespérée, que son crédit sera complétement anéanti, ils devront le déclarer et rendre un jugement déclaratif de faillite, que cet état se manifeste par des refus de paiements ou par des actes ayant le même caractère et la même portée.

Au surplus, c'est en ce sens que la question a été jugée par un arrêt assez récent de la Cour d'appel de Paris, car il est du 16 avril 1856, arrêt dont je me bornerai à citer quelques *considérants* très-remarquables :

« Considérant que la cessation de paiements d'un négociant

(1) Je crois que l'ancien art. 441, pris dans son ensemble, était favorable plutôt que contraire au système qu'expose M. Bravard, du moins pour le cas où le débiteur irait lui-même déclarer au greffe du tribunal de commerce l'état de détresse où il se trouve. En effet, là où il y a cessation de paiements, il y a faillite; or l'ancien art. 441 met sur la même ligne la cessation des paiements et ce qu'il appelle la *déclaration du failli*.

« est un fait complexe, dont l'appréciation est laissée à la pru-
« dence des tribunaux, et dont la justification ne dépend pas
« nécessairement de protêts, de commandements, de citations
« en justice non suivies d'effet, mais peut résulter d'un ensem-
« ble de faits attestant l'extinction de la vie commerciale et la
« perte du crédit ; — Considérant qu'il ressort des faits et cir-
« constances de la cause que la cessation de paiements de L. ne
« date pas seulement du 3 janvier 1855, comme l'ont décidé les
« premiers juges, mais bien du 23 janvier 1853 ; qu'il est démon-
« tré qu'à partir de cette dernière époque L. a arrêté ses livres,
« fermé sa caisse, présenté requête pour être admis au béné-
« fice d'une liquidation judiciaire dans les termes du décret du
« 22 août 1848 (1) ; restitué à un tapissier un mobilier non payé,
« avec indemnité au vendeur ; réalisé à la hâte et avec perte des
« valeurs de bourse et de portefeuille, pour éviter les mesures
« rigoureuses de son agent de change ; mis en vente ses immeu-
« bles ; payé intégralement quelques créanciers, dont les pour-
« suites étaient imminentes ; pactisé avec d'autres, même avec
« ceux dont les créances n'étaient pas exigibles ; obtenu d'eux
« des remises à des taux différents, soit de 95, soit de 85, soit
« de 25, soit de 15, soit de 5 pour 100, suivant son caprice ou
« les exigences desdits créanciers ; — Considérant que ces faits
« divers forment un tout indivisible, dont le point de départ est
« au 23 janvier 1853 ; que leur gravité, leur précision, leur con-
« cordance révèlent clairement qu'il n'y avait pas seulement
« dans les affaires de L. un de ces embarras momentanés qui
« peuvent motiver une liquidation amiable, mais un désordre
« et une ruine tels que le cas prévu par la loi pour caractériser
« la faillite était certainement arrivé... » (2).

(1) Décret du 22 août 1848, *relatif aux concordats amiables*. La loi du 12 novembre 1849, rendue sur la proposition de M. Bravard, a mis un terme à l'application de ce décret.

(2) Voy. la *Gazette des Tribunaux*, des 30 juin-1er juillet 1856. — On peut rapprocher de cet arrêt de la Cour de Paris un arrêt de la Cour de Lyon, du 31 décembre 1847, qui contient notamment ceci : « Attendu

— Pour compléter cette théorie de la cessation des paiements, je n'ai plus qu'une dernière question à examiner, question qui ne m'arrêtera pas longtemps : pourrait-on déclarer en faillite un commerçant contre lequel la déclaration dont il s'agit ne serait demandée que par un seul créancier et alors qu'on ne lui en connaîtrait pas d'autres? La Cour d'appel de Paris, obéissant (du moins cela est probable) à cette considération que les dispositions du Titre *De la faillite*, notamment les dispositions relatives au concordat, supposent toutes qu'il y a un certain nombre de créanciers, avait jugé la négative (1). Mais c'était perdre de

« qu'au 31 mai 1845 F. était débiteur d'un billet de 5,000 fr.; que ce billet « fut payé, non par lui, mais par G. et N., et que les faits postérieurs démon- « trent que G. et N. ne payèrent pour le compte de M. que pour obtenir une « hypothèque qui garantirait non-seulement les 5,000 fr. dont il s'agit, « mais encore 32,000 fr. dont ils étaient créanciers ou garants; — Attendu « que, si postérieurement au 31 mai F. a pu faire des paiements, ce n'est « qu'au moyen du crédit factice qui résultait de l'acte du 5 juin 1845; — « Attendu que de ces diverses circonstances il résulte clairement qu'au 31 « mai 1845 F. n'avait ni fonds ni crédit; qu'il se trouvait ainsi dans l'impos- « sibilité d'acquitter ses engagements, et que, si à cette époque il a pu « obtenir de G. et N. qu'ils paieraient pour lui, c'est en sacrifiant à leur « profit les garanties qui appartenaient à tous ses créanciers....» (Dev.-Car., 48, 2, 645).

(1) L'arrêt est du 30 mai 1838. Le tribunal de commerce de la Seine, par son jugement du 27 décembre 1837, s'était borné à dire : « Il n'y a « aucun motif pour déclarer une faillite alors qu'il n'existe qu'un seul et « unique créancier, puisque ce créancier peut toujours agir contre son dé- « biteur. » En appel, l'avocat du débiteur intimé (M. Teste) raisonnait ainsi : « D'après le texte de l'art. 437 du Code de commerce, il faut que « le négociant ait plusieurs paiements à faire et non un seul. Les autres « dispositions du même Titre supposent toutes une masse de créanciers : « soit qu'il s'agisse de la nomination des agents et des syndics, de la véri- « fication des créances, soit qu'il faille procéder au concordat ou au con- « trat d'union, partout la loi a en vue une masse de créanciers. En se « pénétrant de l'esprit qui a dicté la loi sur les faillites, on reconnaît « qu'elle a eu un double but, celui de protéger tous ceux qui ont des droits « sur les biens du failli, et aussi celui d'adoucir le sort d'un débiteur mal- « heureux et de bonne foi. Sous le premier point de vue, dès qu'une seule « personne se présente, les dispositions de la loi deviennent superflues, « puisqu'il n'y a pas de collision d'intérêts à craindre : aucun créancier ne « sera certainement avantagé au détriment de l'autre.... » Sous l'influence

vue, d'une part, que, dans ce système, il suffirait à un débiteur de désintéresser tous ses créanciers moins un, pour priver ce créancier des garanties que son titre de créancier lui assure et pour échapper ainsi indéfiniment à une déclaration de faillite, pour se soustraire même aux peines qu'il peut avoir encourues par son inconduite, sa négligence ou ses fraudes ; d'autre part, que le droit des créanciers est indépendant de leur plus ou moins grand nombre, et que dès lors un créancier, fût-il seul, n'en a pas moins droit à la protection que la loi accorde à tout créancier (1).

D'ailleurs, il y avait dans ce système une pétition de principe. Il était fondé, en effet, sur ce qu'il n'existait qu'un seul créancier ; or c'était là mettre en fait ce qui était en question : car, de ce qu'il n'y a qu'un seul créancier qui demande la déclaration de faillite, de ce qu'il n'y en a qu'un seul de connu, il ne s'ensuit nullement qu'il n'en existe pas d'autres qui se feront connaître plus tard. Les formalités qu'entraine la déclaration de faillite ont précisément pour but de mettre les créanciers en demeure de se présenter, de se faire connaître ; ce n'est que quand ces formalités auront été remplies qu'on saura s'il existe plusieurs créanciers ou s'il n'en existe réellement qu'un seul : il faut donc commencer par les remplir, et pour cela déclarer la faillite, si en effet le débiteur a perdu son crédit, a cessé ses paiements.

Aussi, un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la Cour de Paris, cet arrêt a été cassé (2), et aujourd'hui le système que

de ces observations, la Cour confirma le jugement, en adoptant les motifs des premiers juges.

(1) Il est facile de comprendre que le créancier d'un commerçant peut avoir un intérêt considérable à ce que son débiteur soit déclaré en faillite. En effet, le jugement déclaratif emporte pour le failli dessaisissement de l'administration de tous ses biens (art. 443) ; de plus, certains actes antérieurs à ce jugement pourront se trouver frappés de nullité (art. 446 et suiv.).

(2) Avant que la Chambre civile n'eût rendu l'arrêt de cassation dont il s'agit (6 décembre 1841), la Chambre des requêtes, par un arrêt de rejet,

cette Cour avait cru devoir adopter n'a plus de partisans; on pourrait même s'étonner qu'il en ait jamais eu (1).

Il me reste maintenant à faire ressortir les différences qui distinguent la faillite d'un état qui s'en rapproche à certains égards, de l'état de *déconfiture*, état qui est mentionné dans plusieurs

du 7 juillet 1841, avait déjà décidé que la faillite peut très-bien être déclarée là où il n'existe qu'un seul créancier connu (Dev.-Car., 41, 1, 570). Voici les *considérants* de l'arrêt de la Chambre civile, qui, du reste, ne sont que la reproduction presque littérale des *considérants* de l'arrêt de la Chambre des requêtes :

« Attendu que la cessation de paiements, dans le sens de la loi, fixé par « le rapprochement des art. 437, 441 et 449 du Code de commerce, ne ré- « sulte pas du nombre de créanciers, mais bien de la situation réelle du « commerçant débiteur; que, si au refus de paiement, même envers un « créancier unique, se joignent toutes les circonstances qui, comme dans « l'espèce, démontrent la ruine entière des affaires et l'impossibilité de « payer, non pas temporaire et accidentelle, mais absolue et complète, on « ne peut pas n'y pas voir une cessation de paiements; et ce créancier, « quoique unique, sans s'enquérir s'il en existe ou non encore d'autres, « est en droit de provoquer la déclaration de la faillite de son débiteur, et « les tribunaux sont dans le devoir de la prononcer; que, si par cette dé- « claration le débiteur perd évidemment son état, cette perte est la consé- « quence nécessaire, d'une part, de sa qualité de commerçant, et, d'autre « part, du droit acquis à son créancier qui a contracté avec lui en cette « qualité; qu'enfin, si, dans le cas de déclaration de faillite sur la demande « d'un seul créancier, plusieurs dispositions, que la loi prescrit pour l'ou- « verture, la marche et la clôture de la faillite, demeurent sans effet, les « procédures, devenues ainsi plus expéditives et plus simples, ne sont pas « inconciliables avec la nature de l'affaire, les obligations du débiteur et « les droits du créancier.... » (Dev.-Car., 42, 1, 77).

Par suite de la cassation de l'arrêt de la Cour de Paris, l'affaire ayant été renvoyée à la Cour de Rouen, celle-ci, par arrêt du 22 juin 1842, rendu en audience solennelle, s'est conformée à la doctrine de la Cour suprême. La Cour de Rouen fait très-bien remarquer que l'exercice du droit, pour le créancier d'un commerçant, de provoquer la déclaration de faillite ne peut être paralysé par le fait, *presque impossible à vérifier*, que le poursuivant serait l'unique créancier du commerçant dont il s'agit (Dev.-Car., 42, 2, 388).

(1) Voy., sur la question, MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 75), Massé (*op. cit.*, t. II, n° 1150), Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 276 et suiv.), Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 58), Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1638), Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, p. 27 et suiv.).

dispositions du Code Napoléon (1). Pour bien montrer ces différences, je ferai deux hypothèses :

1° Je supposerai que l'actif d'un commerçant a éprouvé une diminution considérable, qu'il est même de moitié inférieur à son passif, et que cette diminution est le résultat de circonstances malheureuses, notamment de faillites dont le commerçant a été victime. Certes, s'il s'agissait d'un non-commerçant, il serait constant qu'il est en état de déconfiture : car, ce qui constitue cet état, c'est l'insolvabilité (2) ; or, l'insolvabilité ici est mani-

(1) Je citerai les dispositions suivantes :

Art. 1276. « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite « la délégation n'a point recours contre ce débiteur, si le délégué devient « insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une clause expresse, ou que « le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou *tombé en déconfiture* au mo- « ment de la délégation. »

Art. 1446. « Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans « son consentement, demander la séparation de biens. Néanmoins, en cas « de faillite ou de *déconfiture* du mari, ils peuvent exercer les droits de « leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. »

Art. 1613. « Le vendeur ne sera pas obligé à la délivrance, quand même « il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'ache- « teur est tombé en faillite ou en *état de déconfiture*... »

Art. 1865. « La société finit : 1°....; 2°....; 3°....; 4° par la mort civile, « l'interdiction ou la *déconfiture* de l'un des associés... »

Art. 1913. « Le capital de la rente constituée en perpétuel devient exi- « gible en cas de faillite ou de *déconfiture* du débiteur. »

Art. 2003. « Le mandat finit... . par la mort naturelle ou civile, l'inter- « diction ou la *déconfiture*, soit du mandant, soit du mandataire. »

Art. 2032. « La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le « débiteur, pour être par lui indemnisée : 1°.... ; 2° lorsque le débiteur a « fait faillite ou est en *déconfiture*.... »

(2) La coutume de Paris (art. 180) définissait ainsi la déconfiture : « Il y a « déconfiture quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne « suffisent pas aux créanciers apparents. » Aujourd'hui, le Code n'ayant point donné de définition de la déconfiture, il est admis que c'est un simple fait qui s'apprécie en raison des différentes poursuites dirigées contre le débiteur, lorsqu'il en résulte un juste sujet de croire à son insolvabilité. Il est bien entendu que, de la seule considération qu'une saisie est pratiquée sur tel ou tels biens du débiteur, on ne pourrait pas conclure qu'il est en état de déconfiture ; mais il en serait autrement si, par exemple, au fait qu'une ou plusieurs saisies ont été pratiquées, venait se joindre le fait que

feste. Eh bien! devra-t-on déclarer en faillite le commerçant dont l'actif est ainsi bien au-dessous du passif? Non : car cette diminution d'actif ne l'empêchera pas, s'il conserve son crédit, de continuer ses opérations, et il pourra, par quelques opérations heureuses, récupérer les sommes qu'il a perdues, rétablir l'équilibre entre son actif et son passif. Ce n'est qu'autant qu'il viendrait à cesser ses paiements, parce que les ressources sur lesquelles il comptait lui feraient défaut à la suite de cette diminution subite d'actif, qu'il pourrait être déclaré en faillite; et alors la déclaration de faillite aurait lieu, non à raison de l'insuffisance de son actif, mais, ce qui est bien différent, à raison de la cessation de ses paiements. Il pourrait, en effet, arriver qu'un commerçant continuât ses paiements, quoique son actif fût de beaucoup inférieur à son passif.

2° Supposons qu'un commerçant a un actif supérieur à son passif (1), mais qu'il a cessé ses paiements. Certes, s'il s'agissait d'un non-commerçant, on ne pourrait prétendre qu'il est en état de déconfiture : car cet état ne saurait exister là où l'actif dépasse de beaucoup le passif, lors même que le débiteur n'est pas exact à s'acquitter envers ses créanciers. Mais ne pourra-t-on pas, ne devra-t-on pas même, déclarer en faillite le commerçant qui se trouvera dans cette situation? Au premier abord, le doute est possible, attendu que la faillite est une mesure de protection pour les créanciers, et que, leur débiteur étant solvable, leur paiement paraissant assuré, il ne semble pas qu'ils aient besoin de cette mesure. Et cependant c'est, en réalité, le cas où elle est le plus nécessaire et même le plus urgente. En effet, si le débiteur est encore solvable, il peut cesser de l'être d'un jour à l'autre, et les créanciers ont juste sujet de le

le débiteur a pris la fuite, etc. Comp. MM. Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, p. 7 et 8).

(1) Du moins on lui connaît plus de biens que de dettes : car, tant qu'un homme est dans les affaires ou à la tête d'un commerce, il est à peu près impossible que le public sache quel est le chiffre exact de son actif, le chiffre exact de son passif.

craindre : car, pour qu'un commerçant qui a un actif supérieur à son passif ait été réduit à la nécessité de cesser ses paiements, il faut qu'il inspire bien peu de confiance, qu'on ait bien mauvaise opinion de son habileté et de son exactitude à s'acquitter envers ses créanciers, sans quoi il aurait trouvé facilement à se procurer des ressources, ainsi qu'il arrive aux commerçants même les moins riches lorsqu'ils inspirent confiance. Sa solvabilité, bien loin donc qu'elle prouve en sa faveur, prouve contre lui; bien loin qu'elle l'excuse, qu'elle le justifie, elle l'accuse, elle le condamne, et démontre la nécessité de mettre un terme, par une prompte déclaration de faillite, à une situation aussi anormale et aussi compromettante pour tous les intérêts (1).

(1) Les caractères qui distinguent la faillite de la déconfiture sont parfaitement résumés par MM. Delamarre et Lepoitvin dans ce passage (*op. cit.*, t. VI, p. 8) : « Pour constituer l'état de faillite, il est très-indifférent « que le débiteur ait plus ou moins de biens que de dettes; le premier cas « est même fort souvent celui des banqueroutiers frauduleux. Solvable « ou non, le débiteur commerçant a-t-il *cessé ses paiements?* Voilà le fait « essentiel : dès que ce fait existe, l'état de faillite existe. Réciproquement, « eût-il un passif supérieur à son actif, aussi longtemps qu'il paie, le débi- « teur ne change pas d'état. — Dans la faillite, la loi protége d'office « contre la fraude tous les créanciers, *etiam dormientes*, en dessaisissant le « failli de l'administration de ses biens, pour en revêtir les syndics... Dans « la déconfiture, chaque intéressé veille seul à ses propres intérêts, et « provisoirement le débiteur conserve la libre administration et disposition « de ses biens. En un mot, les prohibitions, les présomptions de fraude, « mentionnées dans les art. 446 et 447, et le dessaisissement de plein droit « prononcé par l'art. 443 n'atteignent pas le débiteur en déconfiture; le « failli seul en est atteint. »

Parmi les modernes, un seul auteur, M. Locré, a soutenu que l'*insolvabilité* du commerçant, c'est-à-dire la circonstance que son passif dépasse son actif, est une condition nécessaire pour qu'il puisse y avoir *cessation de paiements* et par conséquent *déclaration de faillite*. M. Locré se fonde notamment sur ce que, dans le premier projet du Code de commerce, il était dit : « Tout commerçant qui cesse ou suspend ses paie- « ments est en état de faillite. » La *cessation* et la *suspension* étaient donc mises sur la même ligne; or, la *cessation* est le fait du commerçant qui ne paie pas ses dettes parce qu'il n'a pas un actif suffisant, tandis que la *suspension* est le fait de celui qui ne les paie pas parce que, pour le moment, il lui est impossible de réaliser son actif. L'art. 437 du Code de commerce ne parle plus que du commerçant qui *cesse ses paiements*; il faudrait en con-

Voilà l'explication complète des deux conditions dont le concours est nécessaire pour constituer l'état de faillite, savoir : la qualité de commerçant, la cessation des paiements.

Je passe à un cas particulier qui fait suite à ces notions et qui est compris dans les 2e et 3e alinéas de l'art. 437. Pourrait-on déclarer en faillite un commerçant après son décès? Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code de commerce, il s'était élevé des doutes sur ce point. Tout d'abord il semblait que la déclaration de faillite n'avait plus d'objet, puisque le débiteur lui-même ne pouvait plus en subir les conséquences. Mais, si la déclaration de faillite a des effets quant à la personne du débiteur, elle en a aussi quant aux biens, et ces derniers effets peuvent se produire après le décès du débiteur absolument comme de son vivant.

On objectait que déclarer ainsi la faillite d'un commerçant après sa mort, ce serait anéantir, non-seulement des actes faits par ce commerçant lui-même, soit depuis qu'il avait cessé ses paiements, soit à une époque rapprochée, mais encore des actes faits par ses héritiers, le partage intervenu entre eux, les aliénations consenties, les hypothèques ou autres droits réels constitués à la suite de ce partage : le sort de tous ces actes resterait

clure, suivant M. Locré, que celui qui se borne à les *suspendre* ne doit pas être déclaré en faillite. Mais, quelle que soit la cause pour laquelle l'article du projet n'a passé dans le Code qu'avec un retranchement, il faut tenir pour constant que le législateur de 1838 n'a pas entendu consacrer la distinction entre la *suspension* et la *cessation* des paiements, qu'il n'a pas entendu prescrire aux juges de ne déclarer la faillite que là où il y aurait cessation définitive des paiements, c'est-à-dire excédant notable du passif sur l'actif. En effet, la proposition de consacrer la distinction dont il s'agit et de réglementer dans la loi les arrangements entre les créanciers et le débiteur qui est simplement forcé de *suspendre* ses paiements, cette proposition, soulevée dans la commission de la chancellerie, y avait été catégoriquement écartée; et M. Renouard, dans son rapport à la Chambre des députés, établit victorieusement l'inadmissibilité de toute disposition législative de ce genre. Voy. MM. Dalloz (*Jurisprudence gén.*, v° *Faillite*, n° 73), Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 230 et suiv.), Massé (*op. cit.*, t. II, nos 1146, 1147 et 1148), Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1640), Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 27).

donc incertain, et cela pendant trente ans, puisqu'il n'y avait aucun délai spécial fixé pour cette déclaration posthume de faillite! Pouvait-on admettre ce système?

Sans doute ces conséquences étaient graves, et il était à regretter que le législateur n'eût pas limité à un délai beaucoup plus court la faculté de provoquer une déclaration de faillite contre un débiteur décédé; mais, du moment que le débiteur avait cessé ses paiements avant son décès, qu'il s'était trouvé en état de cessation de paiements, il y avait droit acquis pour les créanciers à le faire déclarer, et ce droit n'avait pu leur être enlevé par le décès postérieur du débiteur : il leur appartenait donc.

Enfin ceux qui pensaient que la déclaration de faillite était impossible faisaient valoir une considération, morale, en quelque sorte, tirée de ce que, le débiteur n'étant plus présent, ne pouvant plus expliquer ses actes, l'équité ne semblait pas permettre de les incriminer. Mais il était aisé de répondre que le tribunal montrerait la circonspection nécessaire en pareil cas, ne se déciderait à rendre un jugement déclaratif de faillite qu'autant qu'il lui serait bien clairement démontré que le débiteur était mort en état de cessation de paiements (1).

Quoi qu'il en soit, lorsqu'on s'occupa en 1838 de la révision du livre III du Code de commerce, on fut naturellement amené à s'expliquer sur cette question. On reconnut que, si, d'une part, les créanciers avaient le droit incontestable et consacré par la jurisprudence de faire déclarer la faillite nonobstant le décès du débiteur, d'autre part, il fallait limiter l'exercice de ce droit à un court délai. En conséquence, on ajouta au texte de l'ancien art. 437 un second paragraphe, portant que : « la faillite d'un « commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est

(1) La Cour de cassation avait jugé, par un arrêt du 24 décembre 1818, « que le décès du failli, quoique antérieur aux poursuites dirigées pour le « faire déclarer tel, n'était point un obstacle pour constater l'ouverture de « cette faillite sur la demande et dans l'intérêt des créanciers à fins ci- « viles. »

« mort en état de cessation de paiements » (1); et un troisième paragraphe, portant que : « la déclaration de la faillite ne pourra « être, soit prononcée d'office, soit demandée par les créanciers, « que dans l'année qui suivra le décès. »

Ce délai d'un an est peut-être trop court; mais il est arrivé ici ce qui arrive assez ordinairement quand on est très-frappé d'un inconvénient : on tombe dans l'inconvénient contraire (2). Le délai d'un an est même un de ces délais qu'on appelle en

(1) En 1838, lors de la dernière discussion du projet à la Chambre des députés, un membre avait demandé la suppression des mots « lorsqu'il est « mort en état de cessation de paiements. » A l'appui de cette demande, deux motifs étaient invoqués : 1° Il faut que le commerçant qui s'ôte la vie parce qu'il se voit près de cesser ses paiements puisse être déclaré en faillite; 2° de même, il faut que le commerçant qui, au moment de sa mort, avait acquitté toutes ses dettes échues, non à caisse ouverte et à deniers comptants, mais par des transports de meubles ou d'immeubles ou par des opérations qui ne sont pas des moyens de paiement ordinaires, puisse être déclaré en faillite. A cela, on a répondu : 1° que le commerçant qui a payé jusqu'au dernier moment, et qui a péri à la peine, ne doit pas être rétroactivement flétri en raison d'un fait qui est venu après lui; 2° que, pour un commerçant décédé comme pour un commerçant vivant, le tribunal de commerce est investi d'un pouvoir discrétionnaire, à l'effet d'apprécier si réellement il y a eu ou non ce que la loi appelle *cessation de paiements*. Et, sur cette réponse parfaitement juste, la rédaction du projet a été maintenue. Il faut décider, en conséquence, que le commerçant qui s'est tué avant d'avoir cessé ses paiements ne peut pas être déclaré en faillite. C'est, du reste, ce qu'avait jugé la Cour de Douai, par un arrêt du 27 mai 1811. Voy. MM. Duvergier (*Collection des lois*, t. 38, p. 365), Bédarride (*op. cit.*, t. I, no 22), Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1641). Comp. M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, n° 59.

(2) Dans le premier projet adopté par les Chambres, l'art. 437 n'avait que deux paragraphes. La Commission nommée par la Chambre des députés en 1838 proposa un 3e paragraphe, ainsi conçu : « La déclaration « de la faillite ne pourra être prononcée, soit d'office, soit sur la demande « des créanciers, que dans les trois mois qui suivront le décès. » On objecta : 1° que, quand les créanciers ont demandé la mise en faillite dans les trois mois du décès, il est inadmissible qu'elle ne puisse plus être déclarée par le tribunal dès que les trois mois sont révolus; 2° que le délai de trois mois en lui-même était trop court. Dans la rédaction définitive, il a été tenu compte de ces deux objections. Le délai d'un an, qui a été adopté, est, en général, bien suffisant. Voy. MM. Duvergier (*Collect. des lois*, t. 38, p. 366), et Bédarride (*op. cit.*, t. 1er, nos 23 et 24).

droit *préfixes*, c'est-à-dire qui ne fléchissent devant aucune considération, dans aucune circonstance, qui peuvent être opposés aussi bien aux créanciers absents qu'aux créanciers présents, aux mineurs comme aux majeurs, aux incapables comme aux capables (1).

D'après le texte même de notre art. 437 § 3, il y a ici une distinction importante à faire. Quand la déclaration de faillite est demandée par les créanciers, la loi veut que leur demande soit formée dans l'année; mais le jugement peut être rendu après l'année. Il faut bien qu'il en soit ainsi, sans quoi ils ne jouiraient pas du délai entier d'un an. Il faut que leur demande puisse être formée même le dernier jour de l'année : dès lors, si elle est formée ce dernier jour, forcément le jugement qui en sera la suite ne sera rendu qu'après l'expiration de l'année. Au contraire, si la faillite est déclarée d'office, il faudra qu'elle le soit avant l'expiration de l'année, sans quoi le jugement serait considéré comme non avenu (2).

(1) Lors même qu'il s'agit d'une véritable prescription, quand elle doit s'accomplir par moins de dix ans, le principe est qu'elle ne peut pas être suspendue. Voy. l'art. 2278 du Code Napoléon.

(2) Comme le remarque M. Renouard (*op. cit.*, t. 1er, p. 250), la Cour de Douai s'est exprimée d'une manière inexacte lorsque, dans son arrêt du 15 avril 1840, elle a dit, en termes généraux, que, d'après la loi de 1838 et le nouvel art. 437 du Code de commerce, « la déclaration de faillite pos- « térieure à la promulgation de cette loi ne peut être *prononcée* que dans « l'année qui suit le décès du débiteur. » Evidemment cela n'est pas vrai pour le cas où la faillite est prononcée sur la demande des créanciers.

— En général, la faillite d'un commerçant peut être déclarée, soit sur sa demande, soit à la requête d'un ou de plusieurs de ses créanciers, soit d'office (voy. l'art. 440). Mais, quand il s'agit de déclarer la faillite d'un commerçant décédé, il résulte de notre art. 437 § 3 que le jugement déclaratif doit être rendu d'office ou sur la demande des créanciers : les héritiers du commerçant ne pourraient donc pas, comme l'aurait pu le commerçant lui-même, provoquer le jugement déclaratif. Toutefois, si les héritiers étaient créanciers du défunt et avaient conservé leurs droits de créance en acceptant la succession sous bénéfice d'inventaire, rien ne s'opposerait à ce que, suivant leur intérêt, ils demandassent la déclaration de faillite. Voy. M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 62.

— La jurisprudence n'est pas encore bien fixée sur le point de savoir si,

* Nous savons que l'état de faillite ne peut atteindre que les commerçants. S'ensuit-il qu'un commerçant, par cela seul qu'il s'est retiré, qu'il a mis de côté sa profession de commerçant, ne pourra plus être déclaré en faillite? En aucune façon, et le 2e alinéa de l'art. 437 fournit un argument décisif pour repousser cette conséquence : car il est clair que le commerçant qui est déclaré en faillite après sa mort n'exerce plus la profession de commerçant au moment où est rendu le jugement déclaratif. Il faut donc admettre (ce qui est expressément décidé par la loi belge de 1851) que l'homme qui n'exerce plus le commerce peut néanmoins être déclaré en faillite, pourvu qu'il fût déjà en état de cessation de paiements quand il a renoncé au commerce. C'est, au fond, ce qu'a entendu décider la Cour de Limoges, dans un arrêt du 31 décembre 1857, où je lis notamment ce qui suit :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 437 du Code de commerce « la faillite est l'état de tout commerçant qui cesse ses paie- « ments ; que, nonobstant la cessation du commerce de la part « du débiteur, elle peut toujours être prononcée sur déclara- « tion, étant seulement subordonnée à la qualité en laquelle les

lorsqu'un failli vient à mourir peu de temps après le jugement déclaratif, le Trésor peut exercer, à l'encontre des créanciers de la faillite, pour le recouvrement des droits de succession, une action privilégiée sur les revenus des biens héréditaires. La négative a été admise par la Cour d'Orléans, dans son arrêt du 9 juin 1860; elle est également consacrée par le tribunal de commerce de la Seine, dans ses jugements des 21 et 22 novembre 1862. Mais l'arrêt de la Cour d'Orléans vient d'être cassé (2 décembre 1862). Voy. le *Répertoire périodique de l'enregistrement* de M. Garnier, t. x, p. 77 et suiv., art. 1726. Si l'on décide avec la Cour de cassation que le Trésor a le droit de préférence dont il s'agit quand le commerçant a été déclaré en faillite de son vivant, par conséquent quand il a été dessaisi au profit de la masse de ses créanciers avant même que le droit de mutation par décès n'eût pris naissance, il faut évidemment admettre *a fortiori* que la même préférence appartiendra au Trésor quand le jugement déclaratif n'est intervenu qu'après la mort du failli. Voy. la dissertation publiée par M. Merville, premier avocat-général à la Cour de Lyon, dans la *Revue pratique de droit français*, t. XII, p. 5 et suiv., et dans le *Répert. périod. de l'enregistrement*, t. VIII, art. 1541.

« dettes impayées ont été souscrites; qu'en effet la qualité de « commerçant en laquelle des engagements ont été contractés, « et les conséquences de droit qui en résultent en faveur des « tiers, sont inhérentes aux actes eux-mêmes jusqu'à leur « complète liquidation, et durent aussi longtemps que les en- « gagements auxquels elles se rattachent n'ont pas été éteints « par l'un des modes d'extinction déterminés par la loi; — « Qu'autrement, si l'on reconnaissait à tout commerçant la « faculté de se soustraire à sa mise en faillite sans payer ses dettes « commerciales, par la seule cessation de son commerce avant « toutes poursuites exercées contre lui, on arriverait à faciliter « et à consacrer les actes les plus iniques de la fraude et de la « mauvaise foi.... » (1). Comme le fait remarquer M. Massé (*op. cit.*, t. II, n° 1155), on peut seulement reprocher à la Cour de Limoges de n'avoir pas exprimé l'idée qu'il faut toujours qu'il y ait eu *cessation de paiements* pendant que l'homme exerçait le commerce, de sorte que, s'il n'avait perdu son crédit qu'à une époque où il n'était plus commerçant, il ne saurait y avoir lieu à déclaration de faillite. En effet, si le jugement déclaratif de faillite peut être rendu relativement à un homme qui n'est plus commerçant, au contraire il est de toute impossibilité que l'état appelé par la loi *cessation de paiements*, ce qui veut dire *extinction du crédit commercial*, commence pour un autre que pour un commerçant. *

Nous voilà bien fixés sur tout ce qui concerne et les éléments constitutifs de l'état de faillite, et la possibilité de déclarer cet état même après le décès du débiteur.

Maintenant supposons que ces éléments constitutifs de l'état de faillite existent réellement : que faudra-t-il faire, quelles mesures prendra-t-on? La première chose à faire, quand la cessation de paiements se produit, c'est de la constater judiciairement et de la rendre publique. Il le faut, pour sauvegarder le triple

(1) Dev.-Car., 58, 2, 90.

intérêt auquel il s'agit de pourvoir depuis le début de la faillite jusqu'à la fin (1). Il le faut d'abord dans l'intérêt des tiers, pour qu'ils ne soient pas exposés à traiter avec un homme qui n'offre plus aucune garantie et sur la position duquel ils pourraient se méprendre, en un mot pour la sécurité du commerce et de ses transactions. Il le faut aussi dans l'intérêt du débiteur lui-même, afin que les mesures qui seront la suite de cette constatation le mettent dans l'impossibilité de céder à la tentation funeste qu'éprouvent presque toujours les faillis de chercher par des moyens ruineux à retarder le moment où il y aura nécessité d'abandonner aux créanciers l'administration des biens qui sont leur gage. Il le faut enfin pour empêcher le débiteur de nuire à ses créanciers par des aliénations, par des constitutions d'hypothèques et autres actes de ce genre, pour l'empêcher aussi de soustraire les pièces qui peuvent incriminer sa gestion, de refaire ses écritures, de gagner les créanciers qui auraient des révélations à faire contre lui, d'acheter leur silence, etc.

(1) Voy., ci-dessus, p. 3.

CHAPITRE PREMIER

DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE ET DE SES EFFETS

§ I. CONSTATATION DE LA CESSATION DE PAIEMENTS.

Comment la cessation des paiements sera-t-elle constatée? et, en premier lieu, par quelle autorité le sera-t-elle? A cet égard, on ne pouvait pas hésiter : car il y avait une autorité indiquée par sa composition et par la nature de ses attributions, comme la mieux placée de toutes pour apprécier l'existence ou la non-existence de la cessation des paiements; c'est le tribunal de commerce. En effet, ce tribunal est composé de commerçants, qui, par leurs relations habituelles avec le commerce, seront mieux à même que les membres du tribunal civil, de connaître et de discerner la véritable situation du débiteur; d'ailleurs, c'est au tribunal de commerce que sont portées en général toutes les demandes formées contre les commerçants (1), et dès lors ce tribunal, par la nature même de ses attributions, sera plus à même que tout autre tribunal de vérifier si le débiteur a perdu ou conservé son crédit, de rechercher s'il y a eu des demandes formées, des jugements rendus contre le débiteur, en si grand nombre et avec des circonstances telles qu'on doive le considérer comme ayant cessé de jouir de la vie commerciale. C'est donc le tribunal de commerce qu'on devait charger, et qu'on a effectivement chargé, de constater la cessation des paiements (2).

(1) Voy. les art. 631, 632 et 638 du Code de commerce.

(2) Art. 440 : « La faillite est déclarée par jugement du tribunal de com- « merce... » Cette disposition, et surtout celle de l'art. 635, d'après laquelle « les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les fail- « lites, » ont été critiquées. Voici notamment comment s'exprime à cet

— Quelle preuve admettra-t-on pour constater cette cessation? Au premier abord, il semble que ce devrait être la preuve

égard M. Duvergier (*Collect. des lois*, t. XXXVIII, p. 363) : « La juridiction « attribuée aux tribunaux de commerce ne me paraît pas propre à atteindre le but qu'on se propose, de sévir contre la fraude et d'accélérer la « liquidation. Des magistrats consulaires n'apporteront jamais dans l'exercice de leurs fonctions la sévérité des juges civils; ils ont, d'ailleurs, leurs « affaires personnelles à diriger, et tout leur temps ne peut être consacré « aux travaux judiciaires. Depuis longtemps, je le sais, la juridiction consulaire a été jugée la mieux adaptée aux besoins respectifs des créanciers et du failli; et ce n'est qu'après des essais successifs que l'administration des faillites et la solution des questions qu'elles font naître leur « a été confiée. Il y a huit *Déclarations du roi* qui, dans un intervalle de « douze années (de 1715 à 1727), ont établi et prorogé la juridiction des « juges-consuls en cette matière... En présence de cette série d'actes, motivés avec tant de sagesse, adoptés avec tant de prudence et enfin maintenus par la législation moderne, il semble téméraire de proposer une « modification. Cependant, si l'on examine les raisons qui, il y a plus d'un « siècle, déterminaient à confier aux juges-consuls la liquidation des faillites, on s'aperçoit que l'on pourrait sans aucun inconvénient, et avec « plusieurs avantages certains, laisser aux tribunaux ordinaires le soin de « diriger une procédure toujours fort compliquée et de prononcer sur des « questions souvent très-difficiles. Tout le monde aujourd'hui est initié au « mécanisme des opérations commerciales; il n'est personne qui n'entende le langage du commerce, qui ne comprenne ses procédés et qui ne « sente ses besoins. Les magistrats, comme toutes les autres classes de la « société, ont participé à ce mouvement et se sont imbus des idées dominantes de l'époque; on ne doit donc pas, comme sous le règne de « Louis XV, ôter aux tribunaux ordinaires une partie de leurs attributions, « dans la crainte qu'ils n'aient pas les connaissances spéciales nécessaires « pour les bien remplir... Les magistrats ordinaires ne seraient pas gênés « par leurs relations, comme peuvent l'être quelquefois les membres des « tribunaux de commerce. »

La même idée est développée par M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 5) : « Il est une proposition, dit cet auteur, dont beaucoup de gens reconnaissent la vérité, mais que bien peu osent encore soutenir; c'est que tout « ce qui concerne les faillites aurait dû, depuis longtemps, être rangé sous « la juridiction des tribunaux ordinaires. »

Je me bornerai à faire remarquer que les considérations que l'on présente contre le système des art. 440 et 635 ne tendent, en réalité, à rien moins qu'à la suppression pure et simple des tribunaux de commerce. Evidemment ce n'est pas ici le lieu de traiter cette grave question de savoir s'il importe de maintenir des tribunaux de commerce, si du moins il ne conviendrait pas de modifier profondément leur organisation actuelle.

testimoniale : car elle est la règle générale, le droit commun, en matière commerciale; on est allé jusqu'à l'admettre outre et

Ce qui me paraît certain, c'est que, tant qu'il y aura chez nous une juridiction spéciale pour les affaires commerciales et pour les commerçants, il serait bizarre de lui enlever toute compétence en matière de faillites.

— La disposition de l'art. 440 fait-elle obstacle à ce qu'un tribunal civil ou criminel puisse constater qu'un commerçant est en état de faillite, bien que sa faillite n'ait pas été déclarée par le tribunal de commerce? La jurisprudence admet bien que le dessaisissement dont parle l'art. 443 ne peut résulter que d'un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce; elle admet bien aussi que, s'il s'est écoulé un an depuis la mort d'un commerçant, on ne peut plus conclure, même devant un tribunal civil, à ce qu'il soit reconnu que le défunt est mort en état de cessation de paiements. Voy. un arrêt de cassation, du 26 juin 1844 (Dev.-Car., 44, 1, 483), et un arrêt de rejet, de la Chambre des requêtes, du 4 décembre 1854 (Dev.-Car., 55, 1, 298). Mais elle décide, en principe, qu'un tribunal criminel peut appliquer la peine de la banqueroute simple ou de la banqueroute frauduleuse à un individu qui n'a pas été au préalable déclaré en état de faillite par le tribunal de commerce; et, de même, qu'un tribunal civil peut appliquer certaines conséquences de l'état de faillite là où la faillite n'a pas été déclarée par le tribunal de commerce. Ainsi, la Cour impériale de Caen, dans son arrêt du 15 mai 1854, proclame « que, si la cessation de « paiements d'un commerçant constitue l'état de faillite, cet état ne peut « produire les effets légaux qui y sont attachés qu'à la condition d'avoir été « déclaré judiciairement; que cette déclaration, habituellement prononcée « par les tribunaux de commerce en vertu de la compétence spéciale qui « leur appartient, peut l'être également, dans quelques cas exceptionnels, « par les tribunaux civils, à raison de la plénitude de juridiction dont ils « sont investis...» (Dev.-Car., 54, 2, 699). Et le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par la Chambre des requêtes (arrêt, déjà cité, du 4 décembre 1854).

Les auteurs se sont prononcés, en général, pour le système de la jurisprudence. Cependant M. Massé (*op. cit.*, t. II, nos 1166 et 1167), tout en admettant que la condamnation pour banqueroute ne suppose pas nécessairement que la faillite ait d'abord été déclarée par un tribunal de commerce, repousse énergiquement la faculté pour les tribunaux civils de rechercher d'une manière incidente si tel commerçant n'est pas en état de cessation de paiements; et MM. Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, nos 26 et suiv.), allant encore plus loin, ne distinguant point entre les tribunaux civils et les tribunaux criminels, proclament, en termes absolus, que nul ne peut légalement être considéré comme failli s'il n'a été déclaré tel par jugement du tribunal de commerce.

Cette dernière doctrine me paraît seule conforme à la loi : en écrivant

contre le contenu aux actes, même authentiques (1). D'ailleurs, si le droit civil exige des écrits, c'est pour la constatation des contrats et des obligations qui en résultent, mais non pour la constatation des simples faits : relativement aux simples faits, la preuve testimoniale est de droit (2). — Cependant on n'a jamais admis la preuve testimoniale pour constater la cessation des paiements; on ne l'a admise ni dans l'ancien droit ni dans le nouveau. Pourquoi ? Parce que la nature du fait dont il s'agit exclut ce genre de preuve. Évidemment, il suffirait d'ordonner une enquête à l'effet de constater si un commerçant est ou non en état de cessation de paiements, pour que ce commerçant, mis ainsi publiquement en suspicion, se trouvât dans l'impossibilité de continuer ses paiements. On aurait donc créé, jusqu'à un certain point, le fait qu'on avait uniquement à constater. Et puis, il ne s'agit pas ici d'un simple fait, d'un fait ordinaire, il s'agit de ce qui constitue l'existence ou la non-existence de la vie commerciale, d'une sorte de question d'état, et on ne pouvait faire dépendre la décision d'une question si grave, d'une preuve aussi incertaine et aussi fugitive que la preuve testimoniale. A ces deux points de vue donc, elle ne pouvait pas être admise.

l'art. 440, le législateur a exclu toute espèce de distinction. Je ne puis pas admettre pour les tribunaux civils une *plénitude de juridiction* consistant en ce que, partout où le texte législatif donne compétence au tribunal de commerce, le tribunal civil se trouverait virtuellement avoir aussi lui compétence. Et quant aux tribunaux criminels, je conviens qu'il est assez singulier que l'action publique soit entravée lorsqu'il semble bien y avoir crime ou délit; mais j'ajoute que ce n'est pas ici le seul cas où un pareil résultat se présente : ainsi, en cas de suppression d'état, les tribunaux criminels ne peuvent certainement pas être saisis tant que la question d'état n'a pas été définitivement jugée par les tribunaux civils (Code Nap., art. 326 et 327).

(1) Voy. les art. 1341 du Code Napoléon et 109 du Code de commerce. Arg. *a contrario* de la règle posée spécialement en matière de société (C. de comm., art. 41).

(2) La véritable règle du droit civil est que, pour toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, du moment qu'on a pu se procurer une preuve écrite, on n'est pas recevable à faire la preuve par témoins. Voy. les art. 1341 et 1348 du Code Napoléon.

Cette preuve écartée, quel est le genre de preuve qui reste? Le premier qui se présente, c'est l'aveu du débiteur. En effet, nul mieux que le débiteur ne connaît sa position; et, s'il a cessé ses paiements, il se doit à lui-même, il doit à ses créanciers et au commerce en général, d'en faire l'aveu. Aussi l'art. 438 lui en impose-t-il l'obligation, et ne lui donne-t-il pour la remplir que trois jours, y compris celui de la cessation des paiements (1). Si le débiteur ne faisait pas cette déclaration, ou ne la faisait pas dans le délai fixé, il en résulterait pour lui deux conséquences fâcheuses : 1° il serait mis en état d'arrestation dès le début de la faillite, et l'on ne pourrait pas le laisser, même provisoirement, en liberté (2) ; 2° il pourrait être poursuivi comme banqueroutier simple (3).

En quel lieu le débiteur devra-t-il faire cette déclaration ? Au greffe du tribunal de commerce (4); et elle devra être inscrite sur un registre spécial qui est tenu à cet effet. Ce registre est, en quelque sorte, un registre de l'état des commerçants; et le greffier du tribunal de commerce qui le tient est une espèce d'officier de l'état des commerçants, considéré au point de vue commercial, au point de vue de leur vie ou de leur mort commerciales.

Si le débiteur a des établissements dans plusieurs arrondissements différents, il ne faudra toujours qu'une seule déclaration

(1) « Tout failli, dit le 1er alinéa de l'art. 438, sera tenu, dans les trois « jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration au greffe « du tribunal de commerce de son domicile. Le jour de la cessation de « paiements sera compris dans les trois jours. » — Même disposition dans le 1er alinéa de l'ancien art. 440.

En supposant que le débiteur n'a pas fait au greffe la déclaration dont il s'agit, sa faillite ne sera pas judiciairement prononcée sans que le tribunal l'ait appelé pour entendre ses explications : même dans ce cas, il y aura donc presque toujours de sa part un aveu, au moins un aveu tacite, précédant le jugement déclaratif de faillite.

(2) Voy. le 1er alinéa de l'art. 456.

(3) Voy. l'art. 586, n° 4.

(4) C'est ce que disait l'ancien art. 440. Dans le nouvel art. 438 on a ajouté *de son domicile*.

de faillite : car il n'y a qu'un failli, c'est lui ; c'est sa personne qu'on déclare en faillite, ce ne sont pas les établissements qui lui appartiennent. Il n'y a qu'un failli, il ne peut y avoir qu'une déclaration de faillite, qu'un seul tribunal chargé d'en connaître. Et c'est là précisément ce qui fait naître des difficultés dans la pratique : car il est arrivé nombre de fois que plusieurs tribunaux de commerce, considérant chacun le débiteur comme domicilié dans leur arrondissement, parce qu'il y avait un établissement important, l'ont, chacun de leur côté, déclaré en faillite. Évidemment un seul de ces tribunaux devait, en définitive, rester saisi de la connaissance de la faillite ; et alors il s'est agi de savoir comment on déterminerait quel est celui qui restera saisi, et quelle autorité sera chargée de statuer à cet égard. Le tribunal qui restera saisi, ce sera le tribunal de l'arrondissement dans lequel le débiteur a son domicile ; et on a reconnu qu'il fallait procéder ici comme le prescrit le Code de procédure quand il y a lieu à règlement de juges. Or, voici ce que nous lisons dans l'art. 363, dernier alinéa, de ce Code : « Si « un différend est porté à deux ou à plusieurs tribunaux de « 1re instance ressortissant à la même Cour impériale, le règle- « ment de juges sera porté à cette Cour ; il sera porté à la Cour « de cassation, si les tribunaux ne ressortissent pas tous à la « même Cour impériale... » (1).

C'est au débiteur, comme nous venons de le voir, et sous les peines que j'ai indiquées, qu'est imposée l'obligation de déclarer

(1) Dans l'affaire mentionnée ci-dessus, p. 10, note, la faillite des frères Gandell avait été déclarée par le tribunal de commerce de Béziers et par le tribunal de commerce de la Seine : la Cour de cassation attribua à ce dernier tribunal la connaissance des difficultés relatives à la faillite.—Voy. aussi un arrêt de la Chambre des requêtes, du 18 août 1841 (Dev.-Car., 41, 1, 767). Dans l'espèce, un commerçant avait fondé une maison à la Guadeloupe et une succursale à Bordeaux ; il fut successivement déclaré en faillite par le tribunal de Bordeaux et par celui de la Pointe-à-Pitre : la Cour de cassation décide que les parties devront procéder uniquement devant ce dernier tribunal. Voy. encore un autre arrêt de la Chambre des requêtes, du 13 mai 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 576).

a cessation des paiements. Mais ne doit-il pas joindre à cette déclaration quelque document qui puisse servir à l'expliquer, aider à l'apprécier, à en déterminer le véritable caractère? Oui, et ce document est ce qu'on appelle *le bilan*, c'est-à-dire un exposé de la situation du débiteur, envisagée tout à la fois au point de vue commercial, au point de vue pécuniaire et au point de vue moral (1).

Cependant il y a des cas, et la loi l'a prévu, où il serait impossible au débiteur de dresser son bilan assez tôt pour le joindre à la déclaration de la cessation des paiements. En effet, le bilan exige, pour être complet, l'examen des livres du débiteur et l'indication de tous les objets dont se compose son actif; or, quand le débiteur aura des établissements situés dans des lieux éloignés les uns des autres, le bilan ne pourra pas être dressé assez tôt pour être joint à la déclaration de faillite. Il ne pourra pas l'être non plus quand la faillite sera le contre-coup subit d'un événement imprévu, tel que la faillite inopinée d'un correspondant. Dans ces cas, le débiteur ne devra pas différer la déclaration de sa faillite jusqu'à ce qu'il ait terminé la rédaction de son bilan; mais, en déclarant sa faillite, il devra indiquer les motifs qui l'ont empêché d'y joindre le dépôt de son bilan (art. 439, 1re partie), et le tribunal appréciera si ces motifs sont valables ou non, réels ou supposés. Dans l'hypothèse où les motifs indiqués ne seraient pas de nature à l'excuser, il sera dans la même position, aux yeux de la loi, que si, pouvant déposer son bilan, il ne l'avait pas déposé, ou que s'il n'avait pas déclaré la cessation de ses paiements dans les trois jours. Il

(1) L'Ordonnance de 1673 (Tit. XI, art. 2) portait déjà : « Ceux qui auront fait faillite seront tenus de donner à leurs créanciers un état, certifié « d'eux, de tout ce qu'ils possèdent et de tout ce qu'ils doivent. » L'article 470 du Code de 1808 était ainsi conçu : « Le failli qui aura, avant la « déclaration de sa faillite, préparé son bilan ou état actif et passif de ses « affaires, ou qui l'aura gardé par-devers lui, le remettra aux agents, dans « les vingt-quatre heures de leur entrée en fonctions. » Enfin, aux termes du nouvel art. 439, « la déclaration du failli devra être accompagnée du « dépôt du bilan..... »

aura contrevenu au devoir qui lui est imposé par la loi, et il subira les conséquences de cette contravention, qui, je le rappelle, sont de deux sortes (1).

Quant au *bilan* en lui-même, dont le nom vient de *balance*, parce qu'il indique la balance de l'actif et du passif, c'est un acte trop important, et qui a trop d'influence sur toute la suite des opérations de la faillite, pour que je n'indique pas avec soin les éléments qui le composent (2).

Que doit contenir le bilan ?

1° L'indication de l'*actif*. C'est l'objet d'une première colonne ou d'un premier tableau, où le débiteur doit énoncer tout ce qui compose son actif, savoir : l'argent en caisse, les marchandises, les effets de portefeuille, les créances (en indiquant si elles sont civiles ou commerciales, chirographaires, hypothécaires ou privilégiées, à quelle époque leur échéance est fixée), et enfin les immeubles. — Le débiteur doit évaluer chacun des objets indiqués, et terminer la colonne de l'actif par un chiffre qui en représente la valeur totale.

2° Le bilan doit contenir l'indication du *passif*. C'est l'objet d'une seconde colonne ou d'un second tableau, intitulé : *colonne* ou plutôt *tableau du passif*, de même que la précédente est intitulée : *colonne de l'actif*. Dans cette seconde colonne, le débiteur doit énoncer ses dettes, en indiquant si elles sont civiles ou commerciales, si elles résultent d'effets de commerce par lui souscrits, endossés, acceptés, ou de titres ordinaires, si elles sont hypothécaires, privilégiées ou simplement chirographaires, quelle est leur date, le nom des créanciers, à quelle époque elles sont exigibles. Il doit terminer cette colonne, comme la précédente, par un chiffre général, indiquant la totalité de son passif, — de sorte qu'il suffit de jeter un coup d'œil sur le bilan, de rapprocher le chiffre total de l'actif de celui du passif, pour voir de

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 456 et l'art. 586, n° 4.

(2) Ces éléments se trouvent dans le 2e alinéa de l'art. 439, lequel est la reproduction pure et simple de l'ancien art. 471.

combien l'un dépasse l'autre, et, par suite, quelle est la perte que les créanciers auront à subir.

Mais, je dois le dire, cette indication est souvent trompeuse, parce que le débiteur, pour rassurer ses créanciers, pour calmer leur irritation, qui est grande, au moins dans les premiers moments de la faillite, ne manque guère d'évaluer très-haut son actif. Il porte le prix des immeubles à un chiffre bien supérieur à celui qu'il atteindra; il ne tient pas compte des frais considérables qu'il faudra faire pour en effectuer la vente; il porte comme bonnes des créances mauvaises ou qui ne pourront être recouvrées qu'en partie. Il parvient ainsi à établir une sorte d'équilibre apparent, de balance fictive, entre le chiffre de l'actif et celui du passif, quoiqu'en réalité le chiffre du premier soit de beaucoup inférieur à celui du second; et les créanciers qui, en apparence, ne devraient rien perdre, devront souvent s'estimer heureux s'ils reçoivent 50 ou même 40 p. 100 de ce qui leur est dû!

Indépendamment de l'état de l'actif et de l'état du passif, qui sont les deux éléments essentiels, indispensables, du bilan, le bilan doit contenir encore d'autres indications. Celles-ci ne sont pas moins nécessaires; seulement, elles le sont à un autre point de vue, au point de vue *moral*. Dans la pratique, on néglige trop souvent de les porter sur le bilan, lequel, de la sorte, se trouve incomplet. Ces indications se résument en deux tableaux ou colonnes. Le premier de ces tableaux doit fournir l'indication des *profits et pertes*, en remontant aussi haut que possible, et, si faire se peut, jusqu'à l'origine du commerce du failli (1). Cette indication est nécessaire pour expliquer comment il est arrivé à cet état où il se trouve de cessation de paiements : on verra si c'est le résultat de sa négligence, de son imprudence,

(1) Tout au moins faut-il, comme le remarque M. Locré, mentionner les profits réalisés et les pertes éprouvées dans les dix ans qui précèdent la cessation des paiements. En effet, c'est d'après ses livres que le failli dresse son bilan; or les commerçants sont tenus de conserver pendant dix ans les livres qu'ils doivent avoir (art. 11 *in fine*).

ou bien simplement des chances du commerce; on verra s'il s'est livré ou non à des spéculations de pur hasard, sur des marchandises ou sur les effets publics, — en un mot, à ce qu'on appelle *des jeux de Bourse;* et, quand même il y aurait fait des bénéfices, il n'en serait pas moins coupable, il n'en aurait pas moins démérité de ses créanciers, pour avoir ainsi risqué son actif et leur gage. Il courrait grand risque de ne pas obtenir de concordat, de déclaration d'excusabilité, et même d'encourir les peines de la banqueroute simple (1).

Le dernier tableau que doit contenir le bilan, et qui complète l'exposé de la situation du débiteur au point de vue moral, c'est *le tableau des dépenses de la maison.* L'indication de ces dépenses a plus d'importance qu'on ne le supposerait au premier abord. En effet, il est nécessaire de savoir si le commerçant a renfermé ses dépenses dans de justes limites, ou s'il les a exagérées; s'il s'est permis des dépenses de luxe que ne comportaient pas ses moyens ; s'il s'est laissé entraîner à des actes de prodigalité, de dissipation, que toute personne doit s'interdire, mais surtout les commerçants : car, si l'économie, bien entendue, est une règle de conduite pour toute personne, elle est pour les commerçants un devoir, une obligation légale, — parce que, quand ils se livrent à la dissipation, ce n'est pas leur argent qu'ils dépensent ainsi follement, c'est celui de leurs créanciers, et il y a là un acte condamnable au plus haut degré, un acte d'indélicatesse, de déloyauté.

La connaissance exacte des dépenses de la maison importe encore, à un autre point de vue, pour apprécier la moralité du failli. On a vu des commerçants enfler à dessein les dépenses de leur maison, pour dissimuler l'emploi plus condamnable qu'ils avaient fait de certaines sommes, pour masquer des dilapidations, des détournements, parce qu'ils comprenaient bien que l'exagération des dépenses de leur maison ne pouvait les conduire que devant la police correctionnelle, ne pouvait les faire

(1) Voy. l'art. 585, n° 2.

condamner qu'à l'emprisonnement (1), tandis que des détournements, constituant la banqueroute frauduleuse, les conduiraient inévitablement devant la Cour d'assises, et pourraient leur faire encourir la peine des travaux forcés.

C'est donc avec raison que l'art. 439 actuel exige, comme le faisait l'ancien texte, que le bilan contienne, indépendamment de l'énumération, de l'indication de l'actif et du passif, le tableau des *profits et pertes* et celui des *dépenses*.

Il ne me reste plus qu'à expliquer la forme du bilan. Cette forme est des plus simples : la loi se contente d'un acte sous seing privé, et il sera le plus souvent dressé, par le commerçant lui-même; il peut l'être aussi par son fondé de pouvoir, qui sera ordinairement son caissier ou son teneur de livres. Seulement, la loi exige que le bilan soit *certifié véritable*, afin que le débiteur puisse être convaincu de mensonge s'il y a consigné des énonciations qu'il savait être fausses; et ce sera là une garantie de sincérité. Elle exige, en second lieu, que le bilan soit *daté*, afin qu'on puisse plus aisément vérifier l'exactitude des assertions du débiteur, sa bonne ou sa mauvaise foi; la date est aussi un moyen de prévenir les changements qu'il voudrait faire après coup. Enfin la loi exige que le bilan soit *signé*, afin que le débiteur comprenne bien qu'il s'engage par cet acte, et afin que ledit acte puisse servir contre lui de titre, à défaut d'autres, à ceux qui y sont indiqués comme créanciers (2).

(1) Voy. l'art. 585, n° 1.

(2) L'art. 439 *in fine* porte que le bilan devra être certifié véritable, daté et signé *par le débiteur*. En présence de ces expressions, on se demande s'il ne pourrait pas être certifié véritable, daté et signé *par un fondé de pouvoir du débiteur*.Le Code de commerce de 1808, dans ses art. 472 et 473, supposait expressément qu'il pouvait être procédé à la rédaction du bilan *par le failli ou par son fondé de pouvoir*. Cela n'a pas été reproduit dans le nouveau texte; mais, dans la séance de la Chambre des députés, du 2 avril 1838, le rapporteur de la Commission a déclaré, au nom du Gouvernement et de la Commission, qu'il était bien entendu qu'on ne dérogeait pas au principe du droit commun qui autorise toute personne à se faire représenter par un mandataire. Je crois même, par application de l'art. 1988 du Code Napoléon, qu'un mandat conçu en termes généraux

— Maintenant, nous avons à examiner deux points très-importants :

1° Il se peut, et il arrivera trop souvent, que le débiteur, quoique étant en état de cessation de paiements, ne fera pas la déclaration que la loi exige de lui. Est-ce que son silence sera un obstacle à ce que sa faillite soit déclarée?

2° Nous pouvons supposer le cas inverse, celui où le débiteur va déclarer qu'il est en état de cessation de paiements, bien qu'en réalité il n'y soit pas.

Le deuxième cas est celui qui présente le plus de difficultés : il fait naître une question grave et fort diversement envisagée. C'est de ce cas que nous allons d'abord nous occuper.

Supposons donc que le débiteur, quoique n'étant pas en état de cessation de paiements, a cependant fait, au greffe du tribunal de commerce de son domicile, une déclaration de cessation de paiements : devra-t-on y avoir égard et la prendre pour base d'un jugement déclaratif de faillite? — Mais, avant tout, ce cas peut-il véritablement se présenter dans la pratique? On comprendra sans peine qu'un débiteur ait intérêt à retarder le plus possible la déclaration judiciaire de la cessation de ses paiements; mais peut-il avoir intérêt à se déclarer en état de cessation de paiements quand réellement il n'y est pas? Oui, dans certaines circonstances ; et je vais en citer deux où il y a évidemment intérêt :

Si le débiteur a contre lui des jugements entraînant contrainte par corps, et qu'il ne puisse obtenir des créanciers qui ont obtenu ces jugements d'être laissé par eux en liberté, il n'aura d'autre moyen d'échapper à la contrainte par corps que de se déclarer en cessation de paiements : car, tant que dure

suffirait pour permettre au mandataire de dresser le bilan au nom de son mandant : dresser un bilan, ce n'est point faire *acte de propriété*, et, d'un autre côté, les déclarations contenues au bilan ne me paraissent pas constituer des aveux judiciaires (voy. Code Nap., art. 1356). Cependant des auteurs recommandables exigent un mandat exprès. Voy. Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Faillite*, n° 99.

l'état de faillite, l'exercice de la contrainte par corps est suspendu (1); et, quand la liquidation de la faillite sera terminée, le débiteur pourra obtenir de la masse des créanciers et du tribunal une déclaration d'excusabilité, qui l'affranchira de la contrainte par corps pour l'avenir (2). Voilà donc un premier cas dans lequel le débiteur commerçant aura intérêt à se déclarer en état de cessation de paiements, quand même il n'y serait véritablement pas.

Il y en a un autre où il aurait également intérêt à alléguer une cessation de paiements qui n'existerait pas, et à la déclarer; c'est le cas où, voulant obtenir de ses créanciers une remise à l'amiable, il n'aurait pu y parvenir, parce qu'un ou deux créanciers de sommes importantes s'y seraient opposés : en se déclarant en faillite, il trouvera cet avantage que, après l'accomplissement de certaines formalités, il y aura une réunion de créanciers pour délibérer sur le concordat proposé par le failli, et, à ce moment, dans cette délibération, la majorité imposera sa loi à la minorité, qui sera tenue de la subir; les créanciers qui refusaient de consentir une remise à l'amiable seront donc obligés de s'y soumettre si elle est consentie par la majorité (3). Pour arriver à ce résultat, le débiteur aura donc intérêt à se déclarer en état de cessation de paiements.

Mais c'est là précisément ce qui fait naître une grave question : les créanciers qui ont obtenu des jugements de condamnation par corps et qui veulent les faire exécuter, ou les créanciers qui ne veulent pas consentir la remise demandée par le débiteur, n'auront-ils pas le droit de soutenir que la déclaration faite par le débiteur doit être considérée comme non avenue parce qu'elle n'est pas conforme à la vérité? On le prétend, et des jurisconsultes recommandables sont de cet avis (4). On dit

(1) Voy. les art. 455 *in fine* et 456.

(2) Voy. les art. 537 et suiv.

(3) Voy. les art. 504 et suiv.

(4) Cette question, à ma connaissance, n'est pas examinée d'une manière spéciale par les auteurs qui ont écrit sur les faillites.

d'abord que c'est aller contre l'esprit de la loi, se jouer de ses dispositions, en abuser, que de les faire servir à un usage auquel elles ne sont certainement pas destinées, et qu'un pareil abus ne saurait être permis. On ajoute qu'il ne suffit pas d'alléguer un fait, de l'affirmer, pour le créer s'il n'existe pas; que l'affirmation du fait en présuppose l'existence, mais ne peut en tenir lieu.

Ces considérations sont-elles fondées? Je suis loin de le penser.

En effet, quant à la première, il est aisé de répondre qu'avant de reprocher au débiteur d'user d'un expédient nécessaire pour atteindre le but qu'il se propose, il faudrait d'abord établir qu'il n'en a pas le droit; — ensuite, que, de ce qu'il est considéré comme étant en état de cessation de paiements, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il échappera à la contrainte par corps, qu'il obtiendra une remise : tout dépendra du vote de la majorité des créanciers et de la décision du tribunal qui doit ratifier ce vote. Ainsi, le débiteur aura à expliquer les motifs qui l'ont dirigé, et ce ne sera qu'autant que ces motifs auront l'approbation de ses créanciers et de la justice, qu'il obtiendra les avantages qu'il poursuit.

Cela répond, ce me semble, à la première objection que j'ai indiquée.

Mais la seconde est plus grave. Il ne suffit pas, dit-on, d'alléguer un fait pour le créer. — Sans doute, rien n'est plus vrai en thèse générale et pour les faits ordinaires; mais il s'agit ici d'un fait qui a des caractères particuliers, qui est personnel au failli et potestatif de sa part : car, évidemment, il est toujours libre de cesser ses paiements, quand même il pourrait les continuer; de sorte que, s'il n'était pas en état de cessation de paiements quand il a fait sa déclaration, il s'y est trouvé par le fait même de cette déclaration, et il n'y a pas moyen de ne pas reconnaître que la cessation de paiements existe (1).

(1) Seulement, il faut reconnaître aussi que le commerçant qui prend au-

Je crois donc que nul ne sera recevable à prétendre que le débiteur qui a déclaré être en état de cessation de paiements n'y est pas, à prétendre, en conséquence, qu'il n'y a pas lieu de le déclarer en faillite (1).

Mais, s'il dépend du débiteur commerçant de se constituer en état de cessation de paiements, il ne dépend pas de lui de faire que la cessation de paiements ait eu lieu à une époque antérieure à celle où elle a réellement eu lieu. Donc, quand il s'agira de fixer l'époque de la cessation des paiements, époque très-importante et qui a des conséquences très-graves, le tribunal de commerce ne sera nullement lié par la déclaration du failli, et aura toute latitude pour fixer cette époque d'une manière conforme à la vérité (2).

De même encore, si des créanciers contestaient la déclaration du débiteur, et demandaient que, malgré cette déclaration, il ne fût pas rendu un jugement déclaratif de faillite, en se fondant sur ce que les actes par lui faits, la profession par lui exercée, n'auraient pas un caractère commercial (3), ils seraient parfai-

jourd'hui la résolution de ne plus payer, quoiqu'il ait encore les moyens de le faire, peut demain revenir sur cette résolution. Je déciderais, en conséquence, que le tribunal doit prononcer un jugement déclaratif de faillite, par cela seul que le débiteur a déclaré au greffe qu'il cessait ses paiements, à moins que depuis il ne soit venu faire une déclaration contraire. Voy. en ce sens MM. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 57) et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1647 *in fine*).

(1) On peut invoquer en ce sens ce qui s'est passé dans la discussion de la loi de 1838. En effet, aux termes de l'art. 438, « tout failli sera tenu, « dans les trois jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclara- « tion..... » Quelques personnes avaient proposé de mettre *tout commerçant* au lieu de *tout failli*. Mais il fut répondu que le négociant qui se présente au greffe pour déclarer sa faillite est réellement failli, et l'amendement n'eut pas d'autre suite.

(2) « Si la déclaration même du failli semble la preuve la plus certaine « qu'à cette date-là au moins les paiements avaient cessé, il est évident « qu'elle n'est point un obstacle à ce que le tribunal, d'office ou sur « la demande des créanciers, la fasse remonter à une époque antérieure » (M. Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1660; aj. n° 1647). Voy. aussi M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 34).

(3) J'ajoute : ou sur ce que la cessation de paiements s'appliquerait uni-

tement recevables : car il ne dépend pas de la volonté du débiteur de faire que ces actes, que cette profession aient un caractère autre que celui qu'ils présentent en eux-mêmes ou que la loi y a attaché (1).

Ainsi, en résumé, quand le débiteur se déclare en état de cessation de paiements, les créanciers ne sont pas recevables à s'opposer à ce qu'il soit rendu un jugement déclaratif de faillite, à moins qu'ils ne se fondent sur ce qu'il n'est pas commerçant (2). Mais la fixation de l'époque où a eu lieu la cessation des paiements n'est nullement subordonnée à l'indication faite par le débiteur : elle est complétement laissée à l'appréciation du tribunal.

— J'arrive à la seconde hypothèse que j'ai indiquée et qui

quement à des *dettes civiles*, non à des *dettes commerciales*. Voy., ci-dessus, p. 18 et suiv.

(1) Par application de cette idée, qu'un homme n'est pas commerçant par cela seul qu'il déclare l'être, la Cour de cassation a jugé, le 20 avril 1842, qu'un acte, bien qu'il eût été qualifié de *société en commandite*, bien qu'un extrait en eût été déposé au tribunal de commerce et rendu public, conformément à l'art. 42 du Code de commerce, si en lui-même il était dépourvu des caractères constitutifs d'une société commerciale, n'était qu'une convention ordinaire purement civile, que par conséquent le gérant responsable de cette société ne pouvait pas comme tel être déclaré en faillite (Dev.-Car., 42, 1, 728). — Et, comme la chose jugée au civil n'a pas plus de puissance qu'un aveu de la partie, aveu dont en définitive elle tient lieu, on comprend que, lorsqu'un tribunal a décidé, sur la poursuite de certains créanciers, que leur débiteur était commerçant et, en cette qualité, contraignable par corps, les mêmes créanciers, sollicitant plus tard un jugement déclaratif de faillite contre le même débiteur, pourront être repoussés par le motif que leur débiteur n'est réellement pas commerçant. C'est du moins la doctrine qui paraît consacrée dans un arrêt de la Cour de cassation, du 4 mai 1842 (Dev.-Car., 42, 1, 546). Voy. aussi un autre arrêt de la même Cour, du 19 février 1850 (Dev.-Car., 50, 1, 187). Peut-être vaut-il mieux dire tout simplement que dans l'espèce il n'y a pas autorité de chose jugée, parce que la deuxième demande n'a pas le même objet que la première.

(2) Même en l'absence de toute réclamation de la part des créanciers, le tribunal, reconnaissant que l'individu qui est venu au greffe déclarer qu'il cesse ses paiements et déposer son bilan, n'est véritablement pas un commerçant, le tribunal, dis-je, pourrait et devrait se refuser à rendre un jugement déclaratif de faillite : il y a en jeu ici un intérêt d'ordre public.

est bien plus fréquente : c'est celle où le débiteur, quoique étant en état de cessation de paiements, n'en a pas fait la déclaration.

Il s'en dispensera souvent : car cette déclaration a pour lui quelque chose de pénible; il peut, d'ailleurs, se faire illusion sur l'état de son crédit, compter sur des ressources qui ne se réalisent pas. Il peut être mu par un autre motif, par le désir de profiter de son état de capacité, de prolonger cet état en différant de déclarer la cessation de ses paiements, afin de contracter de nouvelles dettes, et de se procurer de cette manière des sommes d'argent qu'il n'emploiera pas à payer ses créanciers. En fait, quel que soit le motif qui les dirige, la plupart du temps les faillis s'abstiennent de déclarer eux-mêmes la cessation de leurs paiements (1).

Mais il est clair que leur silence ne peut être un obstacle à ce que cette cessation soit constatée, à ce que la faillite soit déclarée. Qui aura qualité pour provoquer la mesure dont il s'agit? Sera-ce toute personne indistinctement? Non : ce droit n'appartiendra qu'à ceux qui auront un intérêt pécuniaire personnel à sauvegarder, c'est-à-dire aux créanciers (2). Du reste, la loi ne

(1) Ceci n'est pas parfaitement exact. En effet, si nous consultons les *comptes de l'administration de la justice civile et commerciale* pendant les années 1856, 1857, 1858, 1859 et 1860, voici ce que nous y trouvons :

En 1856, il a été ouvert 3717 faillites, et 2073 (558 sur 1000) l'ont été sur la déclaration des faillis;

En 1857, il a été ouvert 3983 faillites, et 2261 (environ 568 sur 1000) l'ont été sur la déclaration des faillis;

En 1858, il a été ouvert 4330 faillites, et 2595 (environ 599 sur 1000) l'ont été sur la déclaration des faillis;

En 1859, il a été ouvert 3899 faillites, et 2318 (environ 671 sur 1000) l'ont été sur la déclaration des faillis;

Enfin en 1860, il a été ouvert 4041 faillites, et 2441 (environ 604 sur 1000) l'ont été sur la déclaration des faillis.

J'ajoute que, d'après le calcul fait au ministère de la justice (*compte pour l'année* 1860, p. XLVI), de 1851 à 1860, près des trois cinquièmes des faillites (576 sur 1000) ont été ouvertes sur la déclaration des faillis.

(2) Art. 440, 1er alinéa : « La faillite est déclarée par jugement du tribu-« nal de commerce, rendu, soit sur la déclaration du failli, soit *à la re-« quête d'un ou de plusieurs créanciers*, soit d'office. » — L'ancien art. 449 était ainsi conçu : « Dès que le tribunal de commerce aura connaissance

distingue pas à cet égard entre les créanciers civils et les créanciers commerciaux : car les biens du débiteur sont le gage des uns comme des autres, et ce gage est mis en péril par la cessation des paiements (1).

La loi ne distingue pas non plus entre les créanciers hypothécaires, nantis, privilégiés, et les créanciers simplement chirographaires. Il est bien vrai que les premiers ont une position à part : ils se sont prémunis d'avance contre l'éventualité de la faillite : ils n'y sont pas compris, en tant qu'hypothécaires, privilégiés ou nantis (2). Il semble, dès lors, qu'ils devraient laisser à ceux que la faillite intéresse directement le soin de la faire déclarer. Mais on ne pourra savoir si l'objet grevé de leur droit de préférence suffira pour les désintéresser qu'après qu'il sera

« de la faillite, soit par la déclaration du failli, soit par la requête de quel-
« que créancier, soit par la notoriété publique, il ordonnera l'apposition
« des scellés... »

(1) Écoutons M. Massé : « S'il faut la cessation de paiements des créan-
« ces commerciales pour déterminer l'état de faillite, ce n'est pas une
« raison pour que la déclaration judiciaire de cet état ne puisse pas être
« provoquée par les créanciers civils, quand le débiteur cesse d'acquitter
« ses engagements commerciaux. Puisque l'état de faillite profite à tous,
« tous sont recevables à en provoquer la déclaration quand les circon-
« stances constitutives de cet état viennent à se manifester » (*op. cit.*, t. II, nº 1153). Voy. aussi MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, vº *Faillite*, nº 71), Bédarride (*op. cit.*, t. I, nº 49), Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, nº 21), et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, nº 1657).

La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée dans le même sens. Voici notamment ce que je lis dans un arrêt de la Cour de cassation, du 9 août 1849 (dans l'espèce il s'agissait d'un notaire qui se livrait habituellement à des opérations de commerce et de qui la mise en faillite était réclamée par un créancier purement civil) : « Attendu que l'art. 440, qui donne aux
« créanciers le droit de provoquer la mise en faillite de leur débiteur
« commerçant, ne fait aucune distinction entre les créanciers porteurs
« d'engagements commerciaux et les créanciers à titre purement civil;
« que, les uns et les autres étant également soumis aux conséquences de
« la mise en faillite, il n'existe aucun motif de refuser aux uns le droit de
« la provoquer, alors que ce droit serait accordé aux autres et que le juge
« est autorisé à la prononcer d'office dans l'intérêt de tous indistincte-
« ment... » (Dev.-Car., 49, 1, 617). Voy. également un arrêt de la Cour de Douai, du 27 août 1852 (Dev.-Car., 53, 2, 39).

(2) Voy. notamment l'art. 445.

vendu ; et, si les fonds manquent, soit en tout, soit en partie, ils se trouveront, soit pour le tout, soit pour partie, créanciers simplement chirographaires. On ne peut donc pas dire qu'ils n'ont pas intérêt à demander une déclaration de faillite. D'ailleurs, en droit, la qualité d'hypothécaire, etc., ne peut pas être opposée à celui à qui elle appartient, ne peut pas être rétorquée contre lui : il a un droit de plus, mais non un droit de moins que les autres (1).

L'art. 440 ne distingue pas davantage entre les créanciers dont les créances sont échues et ceux dont les créances ne sont pas encore à terme : car ils ont les uns et les autres leur gage à sauvegarder (2) ; d'ailleurs, le jugement déclaratif rendant toutes les dettes du failli exigibles, cela suffirait déjà pour faire tomber l'objection tirée de ce qu'en général avant l'échéance du terme le droit du créancier est comme non existant (3).

(1) Voy. en ce sens MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 278 et 279), Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 106), et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1657). — La Cour d'Aix a fait application de cette doctrine, dans son arrêt du 27 novembre 1835. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si la régie des douanes était recevable à demander la mise en faillite de son débiteur. La Cour admet l'affirmative par les motifs suivants : « Attendu que, si des lois spé-« ciales ont attribué à l'administration des douanes certains droits et pri-« viléges protecteurs du Trésor public, ce ne peut être une raison de lui « dénier le bénéfice du droit commun, alors qu'il est de son intérêt d'y « recourir ; — Que ce refus aurait pour effet de la placer, en certains cas, « dans une condition pire qu'un créancier ordinaire, tandis que la volonté « bien certaine du législateur a été de rendre sa condition meilleure ; — « Que notamment dans l'espèce, si l'on refusait à l'administration des « douanes le droit de faire déclarer son débiteur en faillite, ce serait lui « interdire l'action, autorisée par les art. 443 et suiv. du Code de commerce « (*ancien texte*), en annulation des actes qui peuvent avoir été frauduleu-« sement consentis à son préjudice... »

(2) Le créancier qui requiert un jugement déclaratif de faillite fait purement et simplement un acte conservatoire de son droit.

(3) Je crains bien qu'il n'y ait ici une pétition de principe, ou, en d'autres termes, que M. Bravard ne mette l'effet avant la cause : car son idée paraît être que, le terme étant effacé par la faillite du débiteur, le créancier à terme devient un créancier pur et simple, et peut, dès lors, sans difficulté, requérir le jugement déclaratif. La Cour de Paris, dans son arrêt du 22 décembre 1831, dit positivement que « ce n'est pas le jugement

L'art. 440 ne distingue même pas entre les créanciers purs et simples ou à terme et les créanciers conditionnels. En effet, les créanciers conditionnels ont le droit, avant l'arrivée de la condition, de faire des actes conservatoires (1), et la déclaration de faillite est pour eux un acte de ce genre (2).

Il faut remarquer aussi que l'art. 440 ne prononce pas d'exclusion contre les créanciers qui sont unis avec le débiteur par les liens de la parenté ou de l'alliance, même au degré le plus proche, tels qu'un père et un fils, un ascendant et un descendant, un mari et une femme. Elle a laissé ces personnes libres, sous leur responsabilité morale, d'user ou de ne pas user, suivant les circonstances, de la faculté inhérente à leur qualité de créanciers. Elles en useront sans doute rarement; mais quand elles jugeront à propos de le faire, elles ne pourraient pas être repoussées par une fin de non-recevoir tirée de la parenté ou de l'alliance (3).

« de déclaration de faillite qui rend les créances exigibles, mais le fait pré-
« existant de la faillite résultant de la cessation de paiements; que dès lors
« le porteur d'effets non échus peut, comme tout autre créancier, pour-
« suivre la déclaration de faillite. » Cela pouvait être dit sous l'empire de l'ancien art. 448, aux termes duquel « *l'ouverture de la faillite* rend exi-
« gibles les dettes passives non échues; » cela ne peut plus être dit aujourd'hui, en présence du nouvel art. 444, qui porte que « *le jugement déclaratif de faillite* rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non « échues. » Et pourtant plusieurs auteurs, écrivant sous l'empire de la loi de 1838, font encore l'argument que faisait la Cour de Paris en 1831 : voy. MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 105), et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1657). MM. Delamarre et Lepoitvin s'expriment, au contraire, avec une exactitude parfaite lorsqu'ils disent (*op. cit.*, t. VI, n° 21) : « Le « jugement déclaratif influe, de diverses manières, tant sur la capacité du « failli que sur la position des créanciers, surtout du créancier à terme, « *dont il rend la créance exigible;* et nul n'est plus intéressé que ce « créancier à la prompte exécution d'une loi au prescrit de laquelle le failli « s'est soustrait en ne faisant pas sa déclaration au greffe. »

(1) Voy. l'art. 1180 du Code Napoléon.

(2) Voy., en ce sens, Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 105). Je dirais, en conséquence, que le jugement déclaratif peut être provoqué même par le créancier d'une rente viagère dont les arrérages sont payables d'avance, quoique pour le moment on ignore s'il lui sera jamais dû quelque chose.

(3) Cette doctrine n'est pas celle de M. Renouard, lequel s'exprime ainsi :

Je n'ai plus qu'une dernière observation à présenter sur le cas où la déclaration de faillite est demandée par un créancier. Si cette demande était formée dans l'intention de nuire au débiteur, ou même s'il y avait seulement de la part du demandeur une faute à l'avoir formée, la situation du débiteur ne fournissant aucun prétexte plausible de la former, le demandeur serait passible de dommages et intérêts (1); et les dommages et intérêts pourraient être considérables : car ils seraient proportionnés au dommage éprouvé par le débiteur, dont le crédit aurait été mis ainsi en suspicion sans raison.

— Je passe au troisième cas dont j'ai à m'occuper; c'est celui où la cessation des paiements n'est pas déclarée au greffe par le

« Pardessus et, après lui, Boulay-Paty disent que, comme l'état de faillite « établit toujours une sorte de prévention de faute ou de délit, et même « quelquefois de crime, des raisons de convenance ne permettraient pas « d'accueillir la provocation de faillite par un fils contre son père, par une « femme contre son mari, fût-elle séparée. J'admets sans difficulté cette « opinion. Ses inconvénients pratiques, si elle en présentait quelques-uns, « ne sauraient être mis en balance avec les considérations de morale pu- « blique qui la commandent; d'ailleurs, les inconvénients disparaissent « devant la faculté toujours laissée au tribunal de déclarer d'office la faillite. « Le Code portugais contient une disposition expresse à cet égard » (*op. cit.*, t. I, p. 272 et 273). Mais la plupart des auteurs admettent, avec raison, qu'une disposition de ce genre ne peut être suppléée dans la loi : voy. MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 109), et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1657). En effet, d'abord, quand le législateur a voulu que la contrainte par corps ne pût pas être prononcée contre le débiteur au profit de son conjoint ni au profit de certains parents ou alliés, il a pris la peine de le dire en termes formels (Voy. la loi du 17 avril 1832, art. 19, et le décret du 13 décembre 1848, art. 10) : s'il avait voulu que le jugement déclaratif ne pût pas être provoqué par le créancier qui se trouve être en même temps le conjoint ou le proche parent ou allié du commerçant qui a cessé ses paiements, certes il l'aurait dit de même. Et d'ailleurs la loi autorise expressément la personne qui a été victime d'un vol commis par son conjoint, par son ascendant ou par son descendant, à poursuivre contre le voleur une réparation civile (C. pénal, art. 380); or l'exercice d'une pareille action n'a-t-il pas quelque chose de bien plus infamant pour celui contre qui elle est dirigée que la requête afin de déclarer la faillite d'un commerçant qui a cessé ses paiements?

(1) Par application du principe général posé dans l'art. 1382 du Code Napoléon. Comp. M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 55).

débiteur, et où aucun créancier ne demande contre lui une déclaration de faillite.

Ce cas peut se présenter : il arrive quelquefois qu'un débiteur parvient à faire illusion à ses créanciers sur sa véritable situation, ou peut-être à acheter leur silence, et qu'aucun d'eux ne demande qu'il soit déclaré en faillite, ou du moins qu'aucun d'eux ne se presse de le demander. Eh bien ! alors cette manœuvre sera-t-elle couronnée de succès, et n'y aura-t-il aucune personne désintéressée qui ait qualité pour agir? Aucun simple particulier n'y sera recevable; mais il y a une autorité qui doit prendre l'initiative, dans l'intérêt général du commerce dont la garde lui est confiée : c'est le tribunal de commerce.

Voilà pourquoi l'art. 440 dit que la faillite peut être déclarée par le tribunal de commerce, même *d'office*. Ce sera un cas rare, mais dont cependant il y a chaque année des exemples au tribunal de commerce de la Seine (1). Seulement, le tribunal ne se décidera à procéder d'office à une déclaration de faillite, qu'autant que la cessation des paiements sera notoire, avérée. Tel serait le cas où le tribunal aurait reçu avis du juge de paix qu'il a été requis d'apposer les scellés au domicile d'un commerçant qui avait disparu (2); tel serait encore le cas où il aurait reçu avis du procureur impérial que ce magistrat a commencé des poursuites en banqueroute contre un commerçant dont la cessation

(1) De 1851 à 1860, la moyenne des jugements déclaratifs de faillite rendus d'office a été, pour toute la France, de 68 sur 1000. Spécialement en ce qui concerne le tribunal de commerce de la Seine, sur 1313 jugements déclaratifs rendus en 1860, 70 ont été rendus d'office.

(2) Il semblerait, d'après la manière dont s'exprime M. Bravard, que le juge de paix ne peut apposer les scellés qu'aux deux conditions suivantes: 1° qu'il en ait été requis; 2° que le commerçant ait disparu. Or, cela n'est pas tout à fait exact : car il résulte du 2e alinéa de l'art. 457 que le juge de paix peut, même avant le jugement déclaratif de faillite, apposer les scellés, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou plusieurs créanciers, mais seulement dans le cas de disparition du débiteur ou de détournement de tout ou partie de son actif.

des paiements était flagrante, et dont la conduite méritait les sévérités de la justice (1).

Maintenant, voyons par quel acte précisément la faillite peut être déclarée.

Elle doit l'être par un jugement, qu'on appelle *déclaratif de faillite*. Ce jugement se rencontre dans toutes les faillites, grandes ou petites, déclarées soit sur l'aveu du débiteur, soit à la requête d'un créancier, soit d'office (2).

Le jugement déclaratif présente trois particularités remarquables :

(1) Lorsque des créanciers ont provoqué la mise en faillite de leur débiteur et qu'il a été reconnu par un jugement désormais inattaquable ou par un arrêt de la Cour qu'il n'y a réellement pas cessation de paiements, il faut dire, en principe, que le tribunal ne pourrait pas, quelque temps après, déclarer d'office ou sur la demande d'autres créanciers la faillite du même débiteur, à moins que la cessation des paiements ne résultât de faits nouveaux, de faits postérieurs à la première sentence. En effet, il s'agit toujours de la même question qui a déjà été tranchée, encore bien que les créanciers qui avaient d'abord provoqué le jugement déclaratif ne se montrent plus aujourd'hui : car ces créanciers n'étaient véritablement pas *parties* au procès dans le sens de l'art. 1351 du Code Napoléon, et il n'est pas nécessaire que ce soient précisément eux qui aujourd'hui provoquent une nouvelle décision contraire à la première, pour qu'on puisse dire : *Il y a chose jugée*. En d'autres termes, les créanciers qui requièrent la déclaration de faillite agissent moins en leur propre et privé nom que comme représentant tous les intéressés. Il existe en ce sens un arrêt de la Cour de Dijon, du 6 mars 1844, motivé de la manière suivante : « Considérant que « le tribunal, lorsqu'il est saisi d'une demande en déclaration de faillite, « doit l'examiner sous tous les rapports; que par cet examen il épuise la « juridiction d'office que la loi lui accorde ; qu'il ne peut la ressaisir et re- « venir à une subséquente décision qu'autant qu'il serait évident, par des « faits graves et certains, survenus depuis le premier jugement, qu'il y a eu « erreur... » Voy. aussi MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 112), Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 280), et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1657 *in fine*).

(2) Sous l'empire du Code de 1808, la Cour de Rouen avait déjà décidé, par un arrêt du 10 mai 1813, que l'ouverture de la faillite ne peut pas être déclarée par simple ordonnance sur requête (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 358). — Il faut également admettre sans difficulté que le jugement déclaratif de la faillite doit être prononcé en audience publique. C'est ce que la Cour d'Amiens a reconnu le 24 avril 1839, par le motif « que la pu-

1° Il doit être publié, dans tous les cas (1) ; et, comme cette publication n'est pas seulement faite dans un intérêt privé, qu'elle l'est aussi dans un intérêt d'ordre public, ce ne sont pas les créanciers ni les syndics qui sont chargés de la faire, c'est le greffier du tribunal de commerce. — Comment se fera la publication ? De deux manières : d'abord par des affiches, qui seront apposées dans les lieux où elles pourront recevoir le plus de publicité, au domicile du failli, à la Bourse, au tribunal de commerce (2) ; et puis par des insertions dans les journaux, comme pour les extraits des actes de société.

Mais, dans le cas où le failli a des établissements de commerce dans plusieurs arrondissements, dans plusieurs localités, l'article 442, si on le combine avec l'art. 42, fait naître quelques difficultés (3). D'abord, l'affiche dont il est parlé dans l'art. 42 n'a rien de commun avec celle que prescrit l'art. 442. Quand il s'agit d'un acte de société, l'affiche consiste à insérer un extrait de cet acte dans un tableau placé dans l'auditoire du tribunal de commerce. Si la société a des établissements dans plusieurs arrondissements, l'affiche doit se faire au tribunal de commerce de chacun de ces arrondissements (4). Il n'y a là aucune équi-

« blicité est l'une des conditions essentielles de toute décision judiciaire ; « que cette règle, qui est d'ordre public, doit être observée à peine de nul- « lité, si ce n'est dans les cas d'exception déterminés par la loi, et dans « aucun desquels ne se trouve le jugement déclaratif d'une faillite. »

(1) Tel est l'objet spécial de l'art. 442.

(2) Il suffit, pour satisfaire au vœu de la loi, qu'une affiche soit apposée dans l'auditoire du tribunal de commerce. Cela paraît bien résulter de ce que l'art. 442 renvoie à l'art. 42.

(3) Voici le texte même de cet art. 442 : « Les jugements rendus en « vertu des deux articles précédents (*jugement déclaratif, jugement qui fixe « l'époque de la cessation des paiements*) seront affichés, et insérés par extrait « dans les journaux, tant du lieu où la faillite aura été déclarée que de « tous les lieux où le failli aura des établissements commerciaux, suivant « le mode établi par l'art. 42 du présent Code. » — L'ancien art. 457 (1er alin.) se bornait à dire que le jugement déclaratif serait affiché, et inséré par extrait dans les journaux, *suivant le mode établi par l'art.* 683 *du Code de procédure civile.*

(4) Voy. les 1er et 2e alinéas de l'art. 42.

voque. Au contraire dans l'art. 442 il s'agit d'un placard qui doit être apposé par le ministère d'un huissier, et apposé dans le lieu où est situé l'établissement du failli, sur la porte même de cet établissement, et dans les endroits environnants (1). Aussi l'art. 442 parle de *lieu* et non d'*arrondissement*, et cela est sans difficulté pour l'affiche ou placard, qui devra être apposé dans toutes les localités où le failli aura des établissements, quand même ils seraient situés dans le même département ou dans le même arrondissement (2).

Quant à l'insertion dans les journaux, il en sera autrement. En effet, l'insertion devra toujours se faire dans le journal désigné pour ces sortes d'annonces au chef-lieu du département, ou plutôt *de l'arrondissement* : car ce sont les termes dont se servent la loi de 1833 et le décret de 1852 (3). Il doit y avoir un journal désigné dans chaque arrondissement; et, s'il n'y en a pas dans l'arrondissement, il en sera désigné un

(1) Sans doute le placard peut être valablement apposé par un huissier, qui en dresse procès-verbal. Mais dans plusieurs villes, et notamment à Paris, c'est le greffier qui affiche dans l'auditoire du tribunal un extrait du jugement déclaratif, toujours, bien entendu, en constatant par un procès-verbal l'accomplissement de cette formalité. Voy. M. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 287). La Cour de cassation a reconnu, par son arrêt du 7 janvier 1856, que les huissiers avaient également qualité en cette matière : « Attendu, dit la Cour, que l'art. 42 du Code de commerce, auquel renvoient les art. 442 et 580 du même Code, ne désigne pas le fonctionnaire public par qui doit être constatée l'apposition, dans la salle des audiences du tribunal de commerce, de l'affiche du jugement qui déclare la faillite...; — Qu'en décidant que cette apposition pouvait être constatée par un procès-verbal d'huissier, comme celle que prescrit l'art. 600 du même Code..., l'arrêt attaqué n'a contrevenu à aucune loi...» (Dev.-Car., 56, 1, 447). — Voy., d'ailleurs, ci-dessus, p. 61, note 2.

(2) Le législateur aurait peut-être bien fait d'admettre ce système; mais je ne vois pas qu'il l'ait admis. Comp., ci-dessous, p. 63, note 1.

(3) M. Bravard veut parler ici de la loi du 31 mars 1833, qui chargeait les tribunaux de commerce de désigner chaque année, au chef-lieu de leur ressort, et, à défaut, dans la ville la plus voisine, un ou plusieurs journaux où devaient être insérés les extraits d'actes de société, et du décret du 17 février 1852, qui a retiré aux tribunaux la mission dont il s'agit pour la confier aux préfets.

dans la ville la plus voisine. Donc, l'insertion devra être faite : d'abord dans le journal de l'arrondissement du failli ; et, de plus, dans celui de chaque arrondissement où il aura des établissements. Mais elle devra toujours être faite dans les journaux officiels, quand même il en existerait d'autres dans la localité ; et, s'il n'y en avait pas, dans celui de la ville la plus voisine. — Ainsi, le mot *lieu* est exact pour l'affiche, mais non pour l'insertion : car, si tous les établissements sont situés dans l'arrondissement du domicile du failli, il ne faudra pas plus d'insertions que s'il n'y avait qu'un seul établissement, tandis qu'il faudra apposer des affiches dans les diverses localités de l'arrondissement où il aura des établissements (1).

2° Le jugement déclaratif de faillite a encore ceci de particulier, que, bien que, comme nous le verrons (2), le débiteur puisse, suivant les distinctions que j'indiquerai, y former opposition ou en appeler, ce jugement ne s'en exécute pas moins, *provisoirement*, malgré l'opposition ou l'appel dont il a été frappé. Il y a, en effet, ici, *urgence*, et il ne fallait pas que l'exécution d'une décision aussi importante que le jugement déclaratif pût être retardée ou entravée par une opposition ou par un appel qui n'aurait peut-être pas d'autre but. Aussi l'art. 440 *in fine* dit-il que ce jugement sera exécutoire *provisoirement* (3).

(1) Ce système, je le répète, est raisonnable ; mais il n'est pas dans la loi. Spécialement, en présence du texte de l'art. 442, il m'est impossible d'admettre que les rédacteurs de cet article, quand ils ont parlé du *lieu* où la faillite est déclarée, de tous les *lieux* où le failli a des établissements commerciaux, aient eu en vue l'*affiche* et non l'*insertion* : le texte répugne, aussi manifestement que possible, à cette interprétation.

(2) En expliquant les art. 580 et suiv.

(3) L'ancien art. 457 disait déjà, dans son 2e alinéa : « Il sera exécutoire « provisoirement, mais susceptible d'opposition... »

Saisissons bien la portée de ce principe : *Le jugement déclaratif sera exécutoire provisoirement.*

Supposons que la faillite d'un commerçant a été déclarée, soit d'office, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers : ce commerçant, n'ayant pas été présent au jugement déclaratif, peut, d'après le droit commun, former opposition ; ce qu'il y a ici de spécial, c'est que le délai dans lequel il peut ainsi former opposition est de huitaine à dater de la publication faite

3° Une dernière particularité du jugement déclaratif, c'est qu'il peut être rendu, non-seulement *sur assignation*, mais encore *sur simple requête*. Il ne sera donc pas nécessaire que le

conformément à l'art. 442 (voy. l'art. 580). Maintenant, le jugement déclaratif pourra-t-il être mis à exécution, soit avant l'expiration de la huitaine, soit même après que l'opposition aurait été régulièrement formée?

Le droit commun, en matière civile, c'est 1° qu'un jugement par défaut ne peut pas être mis à exécution avant l'échéance de la huitaine de la signification, sauf la faculté pour le juge, quand il y a urgence et qu'on se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 135 du Code de procédure, d'ordonner que l'exécution pourra avoir lieu avant l'expiration de ce délai (C. de proc., art. 155, 1er alinéa); 2° que l'opposition une fois formée est suspensive de l'exécution, sauf la faculté pour le juge d'ordonner, mais dans le cas seulement où il y aurait péril en la demeure, que l'exécution aura lieu nonobstant l'opposition (C. de proc., art. 155, 2e alinéa, et 159 *in fine*). — En matière commerciale ordinaire, le jugement par défaut est exécutoire un jour après la signification, et l'exécution est suspendue par l'opposition (C. de proc., art. 435 et 438). Il semble bien que le tribunal n'est pas autorisé à dire que l'exécution pourra avoir lieu provisoirement avant l'expiration du délai ou nonobstant l'opposition formée : voy., en ce sens, *Lois de la procédure*, par MM. Carré et Chauveau Adolphe, n° 1549 *bis*, *Éléments de procédure civile*, par M. Bonnier, p. 391. — Spécialement en ce qui concerne le jugement déclaratif de faillite, l'exécution en peut avoir lieu, et ce sans que le tribunal de commerce ait même eu besoin de le dire, immédiatement après qu'il a été rendu et nonobstant l'opposition que le failli aurait formée. En conséquence, la publication que prescrit l'art. 442, l'apposition des scellés et le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes (voy. l'art. 445), tout cela peut s'effectuer dès que le jugement a été prononcé et nonobstant l'opposition formée par le failli : car tout cela constitue véritablement l'exécution du jugement déclaratif.

Ce n'est pas seulement contre le failli que le jugement déclaratif est exécutoire provisoirement. Aux termes de l'art. 580, toute partie intéressée peut y former opposition pendant un mois à dater de la publication; mais il faut admettre sans difficulté que, si par exemple un créancier qui est encore dans le délai, ou qui même a déjà formé opposition, s'avisait d'exercer une action individuelle contre les biens ou contre la personne du failli, on pourrait l'arrêter en invoquant contre lui le jugement déclaratif (voyez les art. 443 et 455 *in fine*).

Le principe de l'art. 440 *in fine* recevrait encore son application dans une autre hypothèse. Supposons que, sur l'opposition formée par le failli, le jugement déclaratif a été maintenu : il reste au failli la ressource d'interjeter appel (voy. l'art. 582). S'il n'y a pas encore eu exécution, l'exécution ne sera certainement pas suspendue par l'appel interjeté : en effet, la loi

créancier demandeur en déclaration de faillite mette le débiteur en cause; il pourra s'adresser directement au tribunal. C'est pourquoi l'art. 440 dit que la faillite est déclarée *à la requête d'un ou de plusieurs créanciers*. C'est une manière de procéder exceptionnelle, et qui, pour être admise, avait besoin d'être expressément autorisée par la loi. Mais la loi a dû l'autoriser ici, d'abord parce qu'il y a urgence; et, de plus, parce que la prudence du tribunal est une garantie contre l'abus qu'on pourrait en faire (1).

dit dans les termes les plus généraux, sans distinguer entre le cas d'appel et le cas d'opposition, que le jugement déclaratif est exécutoire provisoirement.

Enfin il va sans difficulté que, pour exécuter provisoirement le jugement déclaratif, il n'y a jamais besoin de fournir caution (comp. C. de proc., art. 135, 155 et 439).

(1) Voy. MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 114), Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 271 et 272), Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 53), Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1658).

Si la requête afin de déclaration de faillite est repoussée par le tribunal de commerce, on pourra interjeter appel; et une simple requête suffira pour saisir la Cour, comme elle a suffi pour saisir le tribunal. Ainsi jugé par la Cour de Besançon, le 13 mai 1808 (Dalloz, *loc. cit.*, n°s 114 et 117).

La requête par laquelle un ou plusieurs créanciers demandent la mise en faillite de leur débiteur n'exige évidemment pas le ministère d'un avoué (C. de proc., art. 414). Elle n'exige même pas le ministère d'un huissier, et peut être remise au greffe par le requérant en personne.

Il est bien entendu qu'un commerçant peut être déclaré en faillite sans qu'aucune assignation lui ait été adressée; mais, comme je l'ai déjà fait remarquer (ci-dessus, p. 42, note 1), en général le tribunal ne le déclarera pas en faillite sans l'avoir au préalable appelé devant lui. « Le tribunal, disent très-bien MM. Delamarre et Lepoitvin, a toujours le droit « d'appeler le débiteur pour être entendu dans ses explications, et, à moins « d'une extrême urgence, ce droit est toujours un devoir » (*op. cit.*, t. VI, p. 27, note).

— M. Bravard a complétement passé sous silence la disposition du 2e alinéa de l'art. 438, lequel est ainsi conçu : « En cas de faillite d'une so- « ciété en nom collectif, la déclaration contiendra le nom et l'indication du « domicile de chacun des associés solidaires. Elle sera faite au greffe du « tribunal dans le ressort duquel se trouve le siége du principal établisse- « ment de la société. » — Je traiterai plus tard, dans un appendice spécial, de tout ce qui concerne la *faillite des sociétés*.

§ II. DES EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF.

1° *Il y a faillite.*

Le premier effet du jugement déclaratif est de transformer la cessation des paiements en faillite. Sans doute la cessation des paiements constitue, par elle-même, un fait grave ; mais ce fait n'est pas encore la faillite : il ne la produira que lorsqu'il aura été déclaré par jugement. Jusque-là, il pourra bien y avoir nullité des actes passés par le débiteur; mais il n'y aura pas un état général d'incapacité : cet état ne peut résulter que du jugement déclaratif. Il n'y aura pas non plus de procédure spéciale, pas de formalités particulières à remplir, pas d'incapacité politique encourue (1) : car ce sont là des conséquences de la faillite, et c'est seulement le jugement déclaratif qui imprime à la cessation des paiements la qualification légale de *faillite*, et au débiteur celle de *failli* (2).

(1) Le décret du 2 février 1852, énumérant les individus qui ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales et qui sont indignes d'être élus, mentionne expressément les faillis non réhabilités, *dont la faillite a été déclarée par les tribunaux* (art. 15, n° 17, et art. 27).

(2) La doctrine de M. Bravard me paraît parfaitement exacte : il n'y a faillite, aux yeux de la loi, qu'autant que la cessation des paiements a été constatée judiciairement, et elle ne peut l'être que par un tribunal de commerce (voy., ci-dessus, p. 40 et 41, note). De même qu'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle dérive immédiatement du jugement ou de l'acte notarié, mais ne peut avoir aucun effet tant qu'elle n'a pas été inscrite, de même l'état de faillite existe virtuellement dès qu'un commerçant cesse ses paiements, mais sans que les effets spéciaux attachés par la loi à cet état puissent se produire tant que le jugement déclaratif n'a pas été rendu. Très-anciennement il y avait divergence à cet égard entre les auteurs (voy. MM. Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1166, et Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 119). L'opinion qui avait prévalu en France, c'est que l'état de faillite peut très-bien exister lors même qu'aucun jugement n'a été rendu pour le déclarer. Je ne suis même pas très-éloigné d'admettre qu'il en était encore ainsi sous l'empire du Code de 1808; c'est du moins une interprétation à laquelle pouvait conduire l'expression *ouverture de la faillite*, employée dans plusieurs articles de ce Code (voy. surtout l'art. 441 et

2° *Dessaisissement.*

Un autre effet du jugement déclaratif, c'est de produire le dessaisissement du débiteur, et ce dessaisissement a un double

l'art. 448; voy. aussi les art. 442 et 449). Mais dans la loi de 1838 l'expression *ouverture de la faillite* a disparu; on distingue très-nettement *la cessation des paiements* et *le jugement déclaratif de la faillite* (voy. notamment l'art. 448); enfin certains effets, par exemple l'exigibilité des dettes non échues, que l'ancien texte (art. 448) attachait à l'*ouverture de la faillite*, sont maintenant attachés au *jugement déclaratif* (art. 444). De tout cela je conclus qu'aujourd'hui il ne peut pas être question de faillite là où il n'y a pas un jugement déclaratif, et que le simple fait de cessation de paiements de la part d'un commerçant n'a aucune conséquence qui lui soit propre tant qu'il n'a pas été reconnu et proclamé par le tribunal de commerce. C'est ce que la Cour de Douai exprime très-exactement lorsqu'elle dit, en tête de son arrêt du 15 avril 1840, « qu'aucune faillite n'existe qu'au-« tant qu'elle a été expressément déclarée par un tribunal de commerce « dans les formes déterminées par la loi. »

Cependant la jurisprudence générale et la majorité des auteurs se sont prononcées en sens contraire. Il est vrai qu'il n'existe pas, à ma connaissance, d'arrêt de la Cour de cassation qui ait positivement décidé la question en se plaçant au point de vue de la loi de 1838 : car l'arrêt de la Chambre civile, du 13 novembre 1838, aux termes duquel il suffit qu'un commerçant ait *cessé ses paiements* pour que sa femme ne puisse exercer sur ses biens aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage (art. 549, ancien texte), a été rendu à propos de faits accomplis sous l'empire du Code de 1808. Mais il a été jugé plusieurs fois par les tribunaux et par les Cours d'appel que la loi de 1838 ne subordonne point la faillite à l'existence d'un jugement déclaratif. Ainsi le tribunal de Bergerac, dans un jugement du 18 février 1845, confirmé purement et simplement par la Cour de Bordeaux le 6 mai 1848, proclame « que, d'après « le texte et l'esprit de l'art. 437 du Code de commerce, soit nouveau, soit « ancien, la cessation de paiements constitue à elle seule l'état de faillite; « — que c'est là un pur fait, qui existe par lui-même, que le jugement du « tribunal de commerce constate mais ne crée pas, à la puissance duquel « il n'ajoute rien; — que, le fait reconnu, les conséquences légales de la « faillite indiquées par le Code de commerce doivent être appliquées par « les tribunaux... » (Dev.-Car., 49, 2, 609). De même, la Cour de Rennes, dans les *considérants* de son arrêt du 17 mars 1849, dit « que les intimés « soutiennent inutilement que la faillite d'A. et C. n'a jamais existé, n'ayant « pas été déclarée; que cette prétention est repoussée par l'art. 437 du « Code de commerce, qui porte que tout commerçant qui cesse ses

but : 1° empêcher le débiteur, en lui retirant l'administration de ses biens, de diminuer son actif; 2° l'empêcher, en le frappant d'incapacité, d'augmenter son passif (1).

Le dessaisissement a même un troisième but, qui n'est pas indiqué dans l'art. 443, mais qui résulte de la combinaison de cet article avec l'art. 448 et des principes de la matière. Le dessaisissement affecte tout l'actif mobilier ou immobilier, tel qu'il existait au jour du jugement déclaratif, au paiement du passif, tel qu'il existait ce jour-là; de sorte que, à partir du jugement déclaratif, aucun créancier ne peut acquérir sur l'actif de droit

« paiements est en état de faillite; que le jugement n'a d'autre objet que « de déclarer ce fait préexistant et doit le prendre pour base pour faire « remonter l'ouverture de la faillite, de telle sorte qu'il est vrai de dire « que l'état de faillite résulte de la cessation des paiements, abstraction « faite du jugement déclaratif... » (Dev.-Car., 52, 1, 561). M. Renouard s'exprime dans des termes presque identiques. Voici comment il résume toute sa doctrine : « La faillite est un fait qui existe par lui-même, un fait « que le jugement déclaratif constate, mais ne crée pas, un fait qui, à lui « tout seul, produit certains effets légaux, bien qu'il n'ait pas la même « portée qu'un jugement déclaratif et n'entraîne pas des conséquences « aussi étendues » (*op. cit.*, t. I, p. 228).

En somme, le Code reconnaîtrait deux faillites, savoir : 1° la faillite simple; 2° la faillite judiciairement déclarée. L'une et l'autre produiraient certains effets; seulement, les effets de la deuxième seraient plus étendus. Je ne connais rien de plus arbitraire, rien de plus contraire à la loi, que cette idée. Aussi M. Massé en a-t-il fait complétement justice (*op. cit.*, t. II, nos 1166 et 1167). Comme le remarquent très-justement MM. Delamarre et Lepoitvin, « isoler l'art. 437 de l'art. 440, c'est décapiter la loi. « La logique exigeait, en effet, qu'en chargeant le juge consulaire de dé- « clarer la faillite (art. 440), la loi commençât par lui dire en quoi la fail- « lite consiste, et c'est ce qu'a fait l'art. 437. Les deux dispositions se lient « indissolublement » (*op. cit.*, t. VI, p. 77).

(1) Art. 443, 1er alinéa : « Le jugement déclaratif de la faillite emporte « de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'ad- « ministration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir « tant qu'il est en état de faillite. » Le législateur, parlant des biens *qui peuvent échoir au failli tant qu'il est en état de faillite*, suppose évidemment une acquisition qui se réalise *après le jugement déclaratif*. Nouvelle preuve que l'état de faillite n'existe que par le jugement déclaratif. — Le Code de 1808 se bornait à dire (art. 442) : « Le failli, à compter du jour de la « faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses « biens. »

de préférence, même en vertu d'un titre antérieur. Ainsi, par exemple, une hypothèque valable et antérieurement constituée ne peut être inscrite après ce jugement. — L'affectation dont il s'agit est indépendante de l'inscription que les syndics sont tenus de prendre, au nom de la masse, sur les immeubles du failli (1) : car, d'une part, il n'est pas question de cette inscription dans les art. 443 et 448; et, d'autre part, l'affectation dont nous parlons s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

— Quels sont les caractères du dessaisissement? Ils sont au nombre de trois :

1° Le dessaisissement est *nécessaire* et *forcé* : il n'a pas besoin d'être prononcé expressément dans le jugement déclaratif, et le tribunal ne pourrait, sous aucun prétexte, en affranchir le failli (2).

2° Le dessaisissement est, si l'on peut s'exprimer ainsi, *fatal* : car il ne laisse au juge aucun pouvoir discrétionnaire. Le juge doit se borner, en effet, à vérifier si les actes émanés du débiteur sont ou non postérieurs au jugement déclaratif, et, une fois reconnu qu'ils sont postérieurs, en proclamer la non-existence légale.

3° Le dessaisissement est *général*, et il l'est même à un triple point de vue. En effet, d'abord il s'applique à tous les biens, même à ceux qui peuvent échoir au débiteur pendant le cours des opérations de la faillite (3). — En second lieu, il s'applique à tous les actes, sans exception ni distinction, que le débiteur a pu faire depuis le jugement déclaratif (4). — Enfin il s'applique à tous les créanciers, considérés en général et en masse, et il ne s'applique à aucun d'eux en particulier : il ne peut donc être

(1) Conformément au 3e alinéa de l'art. 490.

(2) Comp. M. Massé (*op. cit.*, t. II, nos 1179 et 1180).

(3) Le législateur de 1838 a jugé utile de trancher expressément cette question, parce qu'elle avait fait difficulté sous l'empire du Code de 1808. La Cour de Paris avait même jugé, par un arrêt du 2 février 1835, que les biens présents sont seuls compris dans le dessaisissement.

(4) Je reviendrai bientôt sur ces deux premiers points.

invoqué que par les syndics et au nom de la masse. Le dessaisissement ne peut jamais être invoqué par le débiteur : ses actes, bien que postérieurs au jugement déclaratif, sont nuls vis à vis de la masse, mais valables vis à vis de lui. Ainsi, le débiteur et la masse sont deux personnes juridiques distinctes, tellement qu'on peut avoir des droits contre l'une et n'en pas avoir contre l'autre, en avoir contre le failli et non contre la masse, et que les droits des différents créanciers relativement à la masse sont réglés autrement que leurs droits dans leurs rapports avec le débiteur lui-même (1).

On le voit, le dessaisissement, dont je me suis efforcé de montrer sous leur véritable jour les effets et les divers caractères, n'a rien de commun avec ce qu'on appelle, en droit civil, l'*interdiction*, ni avec l'*expropriation*. — D'abord, il n'a rien de commun avec l'interdiction : car, bien que dessaisi, le failli n'en conserve pas moins la jouissance et l'administration des biens de ses enfants (2), l'administration des biens de sa femme (3), l'exer-

(1) L'art. 445 applique très-bien cette idée lorsqu'il dit : « Le jugement « déclaratif de faillite arrête, *à l'égard de la masse seulement*, le cours des « intérêts de toute créance... »

(2) L'art. 442 du Code Napoléon dit positivement que l'interdit ne peut être tuteur ni membre d'un conseil de famille. Nous n'avons aucune disposition semblable en ce qui concerne le failli. Seulement, aux termes de l'art. 444 du même Code, les individus dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité sont exclus de la tutelle et même destituables; or le jugement déclaratif de faillite sera, la plupart du temps, aux yeux du conseil de famille et des magistrats, une preuve suffisante d'incapacité. Voy., en ce sens, M. Demolombe, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. I, n° 492. — J'en dis autant, en principe, du cas où il s'agit pour le failli, non pas d'être tuteur, mais d'avoir l'administration légale des biens de ses enfants mineurs pendant le mariage (C. Nap., art. 389). Voy. aussi M. Demolombe, *Traité de l'adoption et de la puissance paternelle*, nos 424 et suiv.

(3) Lorsqu'un homme marié est interdit et, par conséquent, mis en tutelle, le tuteur prend en main l'administration des biens de la communauté et des biens personnels de la femme : il remplace le mari dans l'administration qui appartenait à celui-ci en vertu du régime matrimonial. Au contraire le mari déclaré en faillite reste administrateur, conformément aux conventions matrimoniales, des biens personnels de sa femme, sinon

cice de tous les droits attachés à la puissance paternelle et maritale (1) ; il n'en est pas moins capable d'ester en justice (2). Le failli ne saurait donc être assimilé à un interdit, ni les syndics à des tuteurs.

Le dessaisissement ne doit pas non plus être confondu avec l'expropriation : car, après le jugement déclaratif comme avant, le débiteur conserve la propriété de ses biens. Le jugement déclaratif n'opère aucune transmission de propriété du failli à ses créanciers; il n'entraîne aucun droit de mutation. Ce jugement retire au failli, pour la transférer aux créanciers dans la per-

de ceux de la communauté, qui sont le gage de ses créanciers. Seulement, la femme du failli peut demander la séparation de biens : par l'effet de cette séparation elle reprendrait l'administration de tous ses biens (C. Nap, art. 1449).

(1) L'interdit ne peut consentir au mariage ni à l'adoption de son enfant; il ne peut pas exercer le droit de correction ni le droit d'émancipation. Il ne peut pas davantage autoriser sa femme (C. Nap., art. 222). Rien de semblable pour le failli.

(2) Par exemple, le failli peut former contre sa femme une demande en séparation de corps, poursuivre l'individu qui a commis un délit contre lui, etc. ; il peut aussi défendre à des actions du même genre. Voy. MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 311 et 312, et Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1199. — La jurisprudence a plusieurs fois appliqué ce principe. Voici notamment comment s'exprime la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 février 1859 : « Attendu que, si, aux termes de l'art. 443 du Code de commerce, le failli « est, à partir de la date du jugement déclaratif de sa faillite, dessaisi de « l'administration de tous ses biens, et que, si, à partir de la même époque, « toute action mobilière ou immobilière ne peut être suivie ou intentée « que contre les syndics, il faut reconnaître que, le failli n'étant point « placé dans un état d'interdiction, il ne lui est point défendu de se livrer « à l'exercice d'une industrie personnelle, et que, sauf les mesures à « prendre par les syndics pour le recouvrement de ce qui est dû à la « masse sur tous les biens, même à venir, du failli, celui-ci peut stipuler « et acquérir des droits par des opérations nouvelles, et, si ces droits sont « contestés, ester en jugement pour les faire consacrer; qu'on ne peut « surtout lui dénier l'exercice des actions ayant pour objet de lui faire « obtenir justice et réparation des inculpations de nature à porter atteinte « à sa considération personnelle, telles que l'inculpation d'un délit... » (Dev.-Car., 59, 1, 555).— Même doctrine dans l'arrêt de la même Cour, du 25 juin 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 858).

Je reviendrai dans un instant sur ces arrêts; et, du reste, on trouvera plus loin l'explication détaillée des trois derniers alinéas de l'art. 443.

sonne des syndics, l'administration de l'actif. Mais, encore une fois, le failli en reste propriétaire; il ne cesse de l'être qu'au fur et à mesure des aliénations qu'en font les syndics (1).

(1) Aussi la loi du 23 mars 1855 ne soumet-elle point à la transcription le jugement déclaratif de faillite. — Comp. MM. Massé (*op. cit.*, t. II, n° 1182), et Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, no 182).

— En résumé, le commerçant déclaré en faillite reste propriétaire de tous les biens qui lui appartenaient lors du jugement déclaratif et reste capable de devenir propriétaire de nouveaux biens depuis ce jugement. Il est seulement dessaisi de l'administration de tous ces biens. Mais on se demande si ce principe du dessaisissement ne comporte aucune restriction, aucun tempérament. Nous avons déjà vu que la jurisprudence permet au failli de se livrer à l'exercice d'une industrie personnelle (p. 71, note 2). Avant d'étudier ce cas, qui présente une véritable difficulté, examinons-en quelques autres qui sont beaucoup plus simples.

D'abord il est universellement admis que les rentes sur l'État qui peuvent appartenir au failli, ainsi que la portion insaisissable des traitements ou pensions de retraite qui peuvent lui être dus, ne sont pas atteintes par le dessaisissement et restent à sa disposition. La Cour de cassation a formellement reconnu, par un arrêt du 8 mai 1854, « que le principe qui sous-« trait les rentes sur l'État à toute espèce de mainmise de la part des tiers « n'est pas modifié par l'état de faillite du propriétaire de la rente » (Dev.-Car., 54, 1, 309). Voy. aussi MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 302 et 303), et Massé (*op. cit.*, t. II, no 1185).

Quant aux autres objets mobiliers qui en général ne peuvent pas être saisis (voy. C. de proc., art. 581 et 592), faut-il dire que le failli en perd la disposition comme du reste de ses biens? La question est vivement controversée entre les auteurs. Ceux qui pensent que le dessaisissement s'applique même à ces objets invoquent surtout la disposition de l'art. 469 du Code de commerce, d'après laquelle « le juge-commissaire peut, sur la demande des syndics, les dispenser de faire placer sous les scellés ou les autoriser à en faire extraire *les vêtements, hardes, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille...* » Ces auteurs en concluent que le juge-commissaire peut refuser son autorisation et qu'alors le failli est bien réellement dessaisi des objets dont il s'agit comme du reste de son actif (voy. MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 298; Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1184). L'opinion contraire me paraît plus exacte. En effet, les créanciers n'ont jamais dû compter pour leur paiement sur les objets en question, et je ne puis comprendre comment le jugement déclaratif aurait la vertu de leur affecter des objets qu'ils n'auraient pas pu saisir et qui n'ont jamais été destinés à leur servir de gage. Quant à la disposition de l'art. 469, elle règle simplement la mise à exécution, en matière de faillite, des articles du Code de procédure : l'intervention des syndics et du juge-commissaire est une garantie que, parmi les valeurs mobilières du failli, celles-là seulement seront

— De quel jour commencera le dessaisissement? Du jour du jugement déclaratif : car il en résulte de plein droit (art. 443),

laissées à sa disposition que la loi a déclarées insaisissables. Si l'insaisissabilité des rentes sur l'État a cette conséquence que le dessaisissement ne peut les atteindre, pourquoi donc l'insaisissabilité des objets dont nous parlons maintenant n'aurait-elle pas la même conséquence? La distinction est purement arbitraire (voy., en ce sens, M. Alauzet, *op. cit.*, t. IV, nos 1663 et 1664).

Que devons-nous décider spécialement en ce qui concerne les valeurs *disponibles* données ou léguées au failli avec la clause d'insaisissabilité, et les sommes ou pensions constituées pour aliments? D'après l'art. 582 du Code de procédure, ces objets ne peuvent aucunement être saisis par des créanciers antérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs; mais ils peuvent l'être, avec la permission du juge et pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs. Cette distinction est fondée sur ce que les créanciers antérieurs n'ont pas pu compter sur les valeurs dont il s'agit quand ils ont traité avec le débiteur, tandis que les créanciers postérieurs ont vu ces valeurs entre ses mains et n'ont pas su sous quelle clause et à quel titre elles lui étaient parvenues. Pouvons-nous ainsi distinguer entre les créanciers lorsque le donataire ou légataire est en faillite? D'abord si la donation est faite ou si le legs s'ouvre après le jugement déclaratif, nous déciderons sans difficulté, en nous conformant au texte et à l'esprit de l'art. 582, que les créanciers de la faillite n'ont aucune espèce de droit aux valeurs ainsi données ou léguées et qu'en conséquence elles ne sont pas atteintes par le dessaisissement. Au contraire, la donation étant faite ou le legs venant à s'ouvrir avant le jugement déclaratif, les auteurs décident généralement que le dessaisissement s'appliquera à ces valeurs comme aux autres biens du failli (voy. MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 299 et suiv.; Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1185). Mais cela me paraît absolument inadmissible lorsque les créanciers de la faillite sont tous antérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs. Aux termes de l'art. 582, la saisie ne serait pas possible : le dessaisissement n'aura pas lieu davantage à leur profit. Reste le cas où, parmi les créanciers de la faillite, les uns sont antérieurs et les autres postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs. Ici je conviens qu'ils doivent tous être traités de la même manière : procéder autrement, comme le dit très-bien M. Renouard, serait contraire aux principes fondamentaux de la législation des faillites, qui fait une seule masse de tous les créanciers et qui n'établit entre eux d'autres distinctions et causes de préférence que celles qu'elle reconnaît dans son Chapitre VII. Maintenant, de ce qu'on ne doit pas distinguer entre eux, s'ensuit-il que leur masse aura nécessairement droit aux valeurs recueillies par le débiteur dans les circonstances que nous supposons? J'aurais beaucoup de peine à l'admettre. Pourquoi donc la masse aurait-elle la position des plus favorables parmi les individus dont elle se compose? Et même je ne dis pas

sans qu'il y ait aucune formalité à remplir ni aucune inscription à prendre.

assez : elle aurait une position meilleure encore. En effet, les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, s'ils avaient agi individuellement, n'auraient pu saisir les objets dont il s'agit qu'en vertu de la permission du juge et que pour la portion déterminée par lui, — tandis que, dans la doctrine que je combats, la masse s'empare *de plein droit et pour la totalité* de ces mêmes objets ! C'est là une conséquence de l'idée que les dispositions du Code de procédure sur les choses insaisissables s'effacent complétement en présence de l'art. 443 du Code de commerce. Cette idée, à mon sens, n'est nullement fondée. Je ne puis donc pas admettre la conséquence qu'on en tire : autrement, je m'écarterais des règles de la logique. Du reste, MM. Renouard et Massé me permettront de leur faire observer qu'ils s'en écartent d'une manière assez notable en concédant que, si la donation ou l'ouverture du legs est postérieure au jugement déclaratif, la masse de la faillite n'a pas droit aux valeurs données ou léguées : évidemment cette décision devrait être rejetée par ceux qui proclament que l'art. 443 se suffit à lui-même et que les dispositions du Code de procédure n'ont aucune valeur en matière de faillite.

Enfin le dessaisissement que l'art. 443 consacre au profit de la masse s'applique-t-il aux produits du commerce ou du travail auquel le failli se serait livré depuis le jugement déclaratif? En droit, il faut admettre qu'il s'y applique. D'abord, lorsque les créanciers laissent à la disposition du failli le local et les marchandises nécessaires pour qu'il puisse continuer le commerce, il n'est réellement que leur mandataire, que leur préposé : donc il leur doit compte de toutes ses opérations, de tous les profits qu'il peut réaliser. Lors même qu'ils n'ont rien laissé à sa disposition, et que ce sont de nouveaux créanciers qui lui ont fourni les moyens de se livrer encore au commerce ou d'exercer une industrie, le principe est que le dessaisissement comprend tous les bénéfices qui seront obtenus : car il paraît que le législateur de 1838, quand il a parlé dans l'art. 443 des biens qui peuvent échoir au failli depuis le jugement déclaratif, a eu précisément en vue les biens provenant de son travail, de son industrie. En voici la preuve. La Cour de Paris décidait, le 2 février 1835, « que la prohibition « faite au failli d'administrer ses biens ne peut avoir pour effet de le « priver du droit d'exercer une industrie postérieurement à la faillite, de « souscrire des obligations et d'engager ainsi les biens qu'il acquiert par la « suite *et qui ne sont pas le gage exclusif de ses premiers créanciers.* » La Cour en concluait que les nouveaux créanciers étaient fondés à exercer leurs droits contre le débiteur personnellement, et que les syndics n'étaient même pas recevables à intervenir dans l'instance. Cet arrêt fut cité (par M. Teste) dans la discussion à la Chambre des députés, et c'est dans le but de rectifier la doctrine qu'il contient que fut adoptée la rédaction actuelle de l'art. 443. — Je m'empresse d'ajouter que la masse, étant ici purement

Cependant, si ce jugement n'avait pas été rendu public, produirait-il malgré cela le dessaisissement? On pourrait induire

et simplement substituée au failli, ne pourrait pas plus que lui mettre la main sur les valeurs acquises sans rembourser d'abord ce qui en est une charge, c'est-à-dire les fonds qui, avancés par de tierces personnes, ont permis de réaliser des bénéfices. La masse ne pourrait ni méconnaître la validité des engagements pris par le failli ni s'approprier les biens qui forment le gage des tiers envers qui ils ont été pris : de même que le dessaisissement s'applique aux successions qui peuvent échoir au failli, mais à la charge par la masse de payer les dettes qui les grèvent, de même ici on serait fondé à invoquer contre elle la maxime *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*. Seulement, il est clair que les dettes dont je parle, ce sont uniquement les dettes que le failli a contractées en vue de son commerce ou de son industrie : les autres n'ont aucune existence à l'encontre de la masse. — J'ajoute encore qu'en fait la masse de la faillite ne manquera pas de laisser une certaine latitude au débiteur, qu'elle ne lui demandera pas un compte rigoureux et journalier s'il paraît devoir réussir dans ce commerce ou dans cette industrie : car, en usant de son droit à outrance, elle dégoûterait le failli d'efforts et de soins dont il ne serait nullement récompensé, et alors elle pourrait se trouver dans la nécessité de lui fournir des aliments conformément à l'art. 474.

Ainsi, en dernière analyse, la masse de la faillite a droit aux produits du travail et de l'industrie du débiteur; mais elle n'exercera ce droit que sous la déduction : 1° des sommes qui ont été avancées au failli par des tiers pour lui permettre de se livrer utilement au travail, 2° des sommes nécessaires à son entretien. Tel est, je pense, l'esprit des arrêts de la Cour de cassation déjà cités. Telle est aussi, sauf quelques divergences dans les détails, la doctrine de la plupart des auteurs. Voy. notamment MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 294-298), Massé (*op. cit.*, t. II, n° 1197), Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 84 *bis*), et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1665). Le point principal sur lequel on discute encore, c'est de savoir si les actions auxquelles peut donner lieu la nouvelle industrie du failli seront exercées par lui et contre lui, sauf la faculté pour les syndics d'intervenir, ou si au contraire elles ne peuvent être exercées que par les syndics et contre eux. MM. Renouard et Massé se prononcent dans ce dernier sens. Mais la doctrine contraire, qui est consacrée par la jurisprudence et que défend énergiquement M. Bédarride, me paraît préférable. Si le dessaisissement n'empêche pas le failli d'exercer personnellement un commerce, une industrie, de passer lui-même tous actes qui rentrent dans ce commerce ou dans cette industrie, je ne comprends pas pourquoi il l'empêcherait de figurer en personne dans les procès auxquels ces actes peuvent donner lieu. Lorsqu'un mineur est autorisé à faire un certain commerce, l'incapacité reste pour lui la règle; mais ce mineur, qui devient exceptionnellement capable de tous actes rentrant dans le commerce qu'on lui a permis, est également capa-

l'affirmative de l'art. 443, qui ne fait aucune distinction, et qui fixe pour point de départ du dessaisissement le jour même où le jugement déclaratif est rendu. Toutefois ce serait contraire à l'esprit du législateur, qui n'a pu vouloir que le dessaisissement, destiné à protéger, non-seulement la masse des créanciers, mais les tiers eux-mêmes, devînt pour ceux-ci une surprise et un piége qu'ils ne pourraient éviter : car, s'ils ne sont pas domiciliés dans le lieu où réside le failli, où le jugement déclaratif a été rendu, quel moyen auraient-ils de connaître ce jugement qui n'a pas été publié ? Quant à l'argument de texte tiré de l'art. 443, il suffit de faire remarquer que cet article est subordonné à l'article précédent, lequel prescrit la publication du jugement : l'art. 443 présuppose dès lors que cette publication a eu lieu. C'est une condition sans laquelle le dessaisissement ne saurait être admis, parce qu'il aurait alors des conséquences iniques et contraires au but que le législateur s'est proposé. Je conviens, du reste, que la question peut être controversée et diversement résolue (1).

ble de plaider dans les procès qui peuvent surgir à l'occasion de ces actes : cela est universellement admis, et la loi n'a même pas pris la peine de le dire. Il y a ici, dans la position du failli qui se livre à un commerce ou à une industrie, quelque chose de tout à fait analogue.

(1) L'idée de M. Bravard est que le jugement déclaratif n'emporte dessaisissement qu'autant qu'il a été publié conformément à l'art. 442; mais, que, du reste, la publication a un effet rétroactif au jour même où le jugement a été rendu. J'admettrais cette idée si nous trouvions dans la loi l'indication d'un délai partant du jour où le jugement a été rendu et après l'expiration duquel la publication ne serait plus utile. Ce serait alors un système analogue à celui qui existe dans la loi civile pour certains priviléges : le créancier a un délai de quarante jours ou de six mois pour donner publicité à son privilége par l'inscription, et, pourvu qu'il se soit inscrit avant l'expiration du délai, fût-ce le dernier jour, il prime toutes les hypothèques exactement comme s'il se fût inscrit dès l'origine. Mais dans la loi commerciale il n'y a rien de semblable : on n'a point fixé un bref délai passé lequel la publication ne pourrait plus avoir lieu avec effet rétroactif. J'en conclus que, si la publication a été prescrite, ce n'est guère dans l'intérêt des tiers, pour les empêcher de traiter avec le failli, et qu'ainsi le dessaisissement résultant du jugement déclaratif peut être opposé à ces tiers indépendamment de toute publication. La Cour de cassation s'était

Il résulte de ces mots de l'art. 443 : *à partir de sa date*, que le dessaisissement de droit, l'incapacité générale et absolue qu'il produit, ne précède jamais le dessaisissement de fait qui s'opère en vertu du jugement déclaratif et immédiatement après qu'il est rendu, — tandis que, sous l'empire de l'ancien texte du Code, bien que le dessaisissement de fait ne s'opérât qu'en vertu du jugement déclaratif, on faisait remonter le dessaisissement de droit au jour même de la cessation des paiements. C'était, en apparence, fort logique : car c'est la cessation des paiements qui est le fondement de la faillite, et il semblait dès lors qu'on ne faisait que rattacher l'effet à sa cause. Mais, en réalité, c'était

déjà prononcée en ce sens sous l'empire du Code de 1808. Sous l'empire de la loi actuelle, voici comment s'est exprimée la Cour de Grenoble, dans son arrêt du 12 avril 1851 :

« Considérant que, d'après l'art. 443 du Code de commerce, le jugement « déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessai- « sissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, et qu'à « partir de ce jugement toute action mobilière ou immobilière ne pourra « être suivie ou intentée que contre les syndics, ainsi que toute exécution « sur les meubles ou sur les immeubles; — Considérant que ces prescrip- « tions de la loi sont impératives et absolues; qu'elles sont conçues dans « l'intérêt de la masse des créanciers, à laquelle il importe que toutes les « forces de la faillite soient concentrées entre les mains des syndics; que « l'énergie et la précision des termes employés par l'art. 443 s'opposent à « ce que l'efficacité du jugement déclaratif de la faillite soit subordonnée à « la publicité que ce jugement doit recevoir en vertu de l'art. 442 et puisse « ainsi être suspendue pendant un temps plus ou moins long; que, si telle « avait été l'intention du législateur, il l'eût exprimée, comme il l'a fait, « d'une manière expresse, dans l'art. 580, alors que, réglant les délais d'op- « position au jugement déclaratif de la faillite, il a soin de ne les faire cou- « rir qu'à partir du jour où les formalités de l'affiche et de l'insertion énon- « cées dans l'art. 442 auront été accomplies; que, loin de contenir une « semblable restriction, l'art. 443 reproduit l'expression *à partir du juge-* « *ment*, déjà employée dans l'art. 441 et répétée ensuite dans les art. 491 « et 571; — Que du rapprochement de ces dispositions et de l'identité de « leurs termes il ressort clairement que la loi a voulu, en principe et à « moins d'une dérogation formelle, faire produire au jugement déclaratif « de la faillite des effets immédiats et instantanés, indépendamment de « toute publication, et que l'art. 443 est la consécration manifeste de ce « principe... » (Dev.-Car., 51, 2, 727).

Voy. aussi dans le même sens l'excellente *Thèse pour le doctorat* présentée à notre Faculté, en 1861, par M. Périnet (p. 99 et suiv.).

très-peu rationnel. En effet, la cessation de paiements ne constitue pas seule et par elle-même l'état de faillite : elle ne le constitue qu'autant qu'elle est déclarée par le jugement; c'est du jugement déclaratif et non de la cessation des paiements que résulte directement la faillite; c'est le jugement seul qui imprime ce caractère à la cessation des paiements : donc, c'est seulement du jour du jugement que le dessaisissement, qui est une conséquence de la faillite, peut logiquement commencer. D'ailleurs, cette rétroactivité du dessaisissement était contraire à l'équité; et, sous l'empire de l'ancien texte du Code, la jurisprudence ne l'admettait qu'avec des restrictions tirées de la nature des actes, des conséquences qu'ils avaient eues pour la masse à laquelle ils n'avaient peut-être pas été dommageables, enfin de la bonne foi des tiers (1). Aujourd'hui, ces difficultés ne peuvent plus s'élever; elles sont tranchées définitivement par ces mots de l'art. 443 : *à partir de sa date*. Il en résulte clairement que le dessaisissement ne peut jamais précéder le jugement déclaratif (2).

(1) « Dans l'*esprit* de l'ancien Code, dit M. Renouard, car son *texte* a été « diversement interprété, le dessaisissement remontait au jour de la cessation des paiements. C'était opposer au fait d'une administration patiemment exercée par le failli la déclaration légale qu'il avait indûment administré. De là de grands embarras, lorsqu'il s'agissait de faire peser sur « des personnes qui se prétendaient étrangères à ce fait illégal les conséquences qui en dérivaient : aussi la jurisprudence avait-elle souvent décidé que le dessaisissement n'avait lieu qu'à partir du jugement déclaratif » (*op. cit.*, t. I, p. 292). — « Le Code de commerce », dit de son côté M. Bédarride, « voulait que le dessaisissement résultât de plein droit de « l'état de faillite. Cet état étant constitué par la cessation des paiements, « c'était donc à l'époque à laquelle celle-ci était née que remontait le « dessaisissement, quelle que fût la date du jugement déclaratif. La conséquence était de frapper de nullité radicale tous les actes faits par le « failli dans l'intervalle de la cessation au jugement. La rigueur de cette « disposition avait été blâmée par les uns, hautement approuvée par les « autres. Dans bien des cas, l'autorité judiciaire s'était refusée à la sanctionner, à l'endroit des actes que le failli avait consentis à titre onéreux : « elle exigeait, pour en prononcer la nullité, la preuve que ceux qui « avaient traité avec le commerçant avaient agi de mauvaise foi » (*op. cit.*, t. I, nos 76 et 77).

(2) Ceci n'est vrai qu'avec un certain tempérament. Il résulte de

— Je passe à une mesure qui est la conséquence indirecte, il est vrai, mais la conséquence nécessaire, du dessaisissement : je veux parler de *la nomination d'administrateurs*. En effet, on le comprend, par le jugement déclaratif le débiteur étant dessaisi, il y a nécessité, il y a urgence, de pourvoir à l'administration, qui ne peut rester à l'abandon, et il faut y pourvoir immédiatement par le jugement déclaratif lui-même. C'est le jugement déclaratif qui enlève au débiteur la capacité d'administrer; c'est le même jugement qui doit veiller à son remplacement, en nommant des administrateurs qui lui succèdent. Il y aurait de véritables inconvénients à ce que le débiteur ne fût pas remplacé sur-le-champ dans l'administration : les intérêts des créanciers pourraient être gravement compromis ; leur gage serait exposé à péricliter par défaut de tel ou tel acte conservatoire que personne n'aurait plus mission de faire. Ainsi, une prescription serait sur le point de s'accomplir, et il n'y aurait personne pour l'interrompre ; des lettres de change, des billets à ordre, arriveraient à échéance, et il n'y aurait personne pour en demander le paiement, pour les faire protester, lorsque le seul fait du défaut de protêt va suffire pour priver la masse de tout recours contre les endosseurs (1).

l'art. 443 que le dessaisissement atteint le failli *le jour même du jugement* ; or les jugements n'indiquent pas l'heure à laquelle ils sont rendus : par conséquent, le jugement en fait n'eût-il été rendu qu'à 3 ou 4 heures de l'après-midi, le dessaisissement n'en a pas moins existé dès la première heure du jour. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Ainsi, en 1848, la Cour d'Amiens décide qu'aucun paiement valable n'a pu être fait par le failli le jour du jugement déclaratif (Dev.-Car., 48, 2, 715) ; en 1853, la Cour de cassation prononce la nullité de saisies-arrêts faites le jour même où le saisi était déclaré en état de faillite (Dev.-Car., 53, 1, 321); enfin, en 1857, la Cour de Metz reconnaît que dès le jour du jugement déclaratif, sans distinction du matin ou du soir, et moins encore du jour ou du lendemain, le failli ne peut ni recevoir ni payer valablement (Dev.-Car., 58, 2, 328). Voy. aussi M. Massé, *op. cit.*, t. II, nº 1181.

(1) Du reste, si en fait le failli avait accompli un acte conservatoire, cet acte serait parfaitement valable et efficace (voy. MM. Massé, *op. cit*, t. II, no 1201, et Alauzet, *op. cit.*, t. IV, nº 1669). C'est ainsi que la Cour de Poitiers a jugé, par son arrêt du 29 janvier 1829, que la prescription est in-

En somme, par le jugement déclaratif le débiteur étant dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens, devenant incapable de les gérer, il en résultait une double nécessité :

1° Nécessité de remplacer le failli dans l'administration, dont il est déchu en droit, et qu'on ne pourrait lui continuer en fait, même momentanément, sans s'exposer à voir l'actif compromis par des actes de malversation, des détournements, etc. ;

2° Nécessité de ne laisser aucun intervalle entre l'administration du failli qui cesse et celle des administrateurs qui le remplacent : car, si entre ces deux administrations il y avait un intervalle, quelque court qu'il fût, les biens se trouveraient en quelque sorte à l'abandon, et le gage des créanciers serait compromis par l'absence d'un gérant responsable ayant qualité pour faire les actes conservatoires. Nous verrons même que, jusqu'à ce que les administrateurs nommés aient pu constater l'actif et le prendre sous leur responsabilité, on a recours à des mesures destinées à en assurer la conservation, telles que l'apposition des scellés.

Voilà effectivement quel était le système du Code (1).

terrompue par la demande en justice que forme le failli (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 206). En effet, comme le dit très-bien la Cour d'Aix, arrêt du 2 mars 1853, l'art. 443 du Code de commerce ne frappe le failli que d'une incapacité relative, laquelle le dépouille seulement de toutes les actions dont l'exercice nuirait à la masse de ses créanciers; le dessaisissement, établi dans l'intérêt de cette masse, doit être invoqué par elle *de damno vitando*, par rapport à tout ce que le failli voudrait entreprendre (Dev.-Car., 53, 2, 229). — Ainsi l'acte conservatoire émané du failli est valable; mais on peut croire, et c'est là l'idée de la loi, que les syndics mettront plus de zèle, plus de soin, à faire tous les actes de cette nature.

(1) L'ancien art. 454 était ainsi conçu : « Par le même jugement qui « ordonnera l'apposition des scellés, le tribunal de commerce déclarera l'é- « poque de l'ouverture de la faillite; il nommera un de ses membres *com-* « *missaire de la faillite*, et un ou plusieurs *agents*, suivant l'importance « de la faillite, pour remplir, sous la surveillance du commissaire, les fonc- « tions qui leur sont attribuées par la présente loi. — Dans le cas où les « scellés auraient été apposés par le juge de paix sur la notoriété acquise, « le tribunal se conformera au surplus des dispositions ci-dessus pres- « crites, dès qu'il aura connaissance de la faillite. »

Il n'est pas absolument exact de dire, comme paraît bien le dire M. Bra-

Cependant, lors des travaux préparatoires de la loi de 1838, lorsqu'on s'occupa de la révision de cette partie du Code de commerce, on crut pouvoir changer de système sur le point qui nous occupe. Les auteurs du premier projet avaient pensé qu'on pouvait se dispenser de nommer des administrateurs par le jugement déclaratif, et ils y avaient même vu un avantage, celui de supprimer un des rouages de cette administration compliquée, celui de pouvoir consulter les créanciers sur le choix des premiers administrateurs. En effet, il n'est pas possible de consulter ainsi les créanciers quand la nomination est faite par le jugement déclaratif lui-même, et alors on se trouve dans la nécessité de remplacer ces premiers administrateurs par d'autres, après un très-court délai, c'est-à-dire dès que les créanciers peuvent être consultés (1).

vard, que, dans le système du Code, il n'existe aucune lacune entre l'administration du failli et celle des agents qui vont administrer à sa place. En effet, d'une part, le failli est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens, *à compter du jour de la faillite* (ancien art. 442), et, d'autre part, l'administration n'est confiée aux agents que par le jugement du tribunal de commerce (ancien art. 454); or le jour de la faillite, et, par conséquent, le jour où le failli est dessaisi, peut, comme l'a très bien remarqué M. Bravard lui-même (ci-dessus, p. 77), précéder d'un temps plus ou moins long le jour où le tribunal rend son jugement.

(1) Le projet originaire, rédigé par la Commission de 1833, reproduisait le système du Code, d'après lequel l'administration est confiée successivement à des *agents*, puis à des *syndics provisoires*, enfin à des *syndics définitifs*. C'est dans le premier projet du Gouvernement, présenté à la Chambre des députés le 2 décembre 1834, que les agents étaient supprimés. Seulement, il ne paraît pas que le rédacteur de ce projet (M. Persil, garde des sceaux) eût été guidé, comme le laisse entendre M. Bravard, par le désir que les créanciers pussent être consultés sur le choix des premiers administrateurs. Voici, en effet, comment était conçu l'art. 463 de ce projet : « Immédiatement après la déclaration de faillite, le juge-commis-« saire présentera au tribunal de commerce l'état des créanciers présumés, « dont l'existence lui aura été révélée, soit par le failli, soit par le bilan par « lui déposé, soit par les livres du failli, soit par la notoriété publique. Sur « cet état, le tribunal de commerce nommera deux ou trois syndics provi-« soires, suivant l'importance de la faillite. »

Quel était donc réellement le but du Gouvernement, lorsqu'il modifiait le système du Code et de la Commission? Ce but est indiqué, de la ma-

Il faut reconnaître que l'innovation proposée pouvait, en apparence du moins, se justifier. Mais, dans la discussion, il fut reconnu qu'elle n'était pas admissible, parce que, d'une part, huit jours n'auraient pas été suffisants dans tous les cas et dans tous les tribunaux pour qu'on pût consulter les créanciers (1); parce que, d'autre part, tous les intérêts engagés dans la faillite auraient été compromis si l'actif était resté pendant huit jours, et même pendant un temps beaucoup moindre, sans administrateurs.

Cette disposition nouvelle fut donc abandonnée, et l'on en revint au système du Code, d'après lequel c'est le jugement déclaratif lui-même qui nomme les premiers administrateurs. Mais il est resté un vestige de cette tentative avortée, un chan-

nière la plus claire, dans l'*Exposé des motifs* : « L'opinion publique, dit le « ministre, signalait comme l'un des vices du régime des faillites la com- « plication des divers modes d'administration établis par le Code, qui mul- « tiplie les formalités, les lenteurs et les frais, et cette succession d'agents « et de syndics, qui, à peine se sont mis au courant des affaires de la « faillite, qu'on les en écarte pour les remplacer par des administrateurs « nouveaux... Il est impossible de ne point maintenir la ligne de démar- « cation qui sépare le syndicat provisoire du syndicat définitif, — les re- « présentants de l'union des créanciers vérifiés, investis de ses pleins « pouvoirs, et les hommes que le tribunal aura choisis dans les premiers « moments, *parmi les créanciers présumés*, pour leur confier une mission « provisoire et bornée. Mais pourquoi faire précéder ce syndicat d'une « autre agence provisoire? Pourquoi ne pas appeler, dès le principe, dans « l'administration de la faillite *les créanciers*, qui sont intéressés à la faire « marcher rapidement vers son but, au lieu d'agents étrangers, qui ont au « contraire intérêt à prolonger leurs fonctions pour en retirer plus d'émo- « luments? » — On le voit, ce qui préoccupe le ministre quand il propose de faire nommer les premiers administrateurs, non plus à l'instant où la faillite est déclarée et par le jugement déclaratif lui-même, mais seulement quelques jours après, ce n'est pas l'avantage qu'il y aurait à pouvoir consulter les créanciers sur le choix des premiers administrateurs, c'est l'avantage que trouverait la masse à ce que les premiers administrateurs pussent être pris parmi les créanciers présumés, au lieu d'être pris parmi des personnes étrangères à la faillite et intéressées à se perpétuer dans leurs fonctions.

(1) Ou plutôt pour qu'on pût faire un choix convenable, suivant le vœu du Gouvernement, parmi les créanciers apparents et présumés. Voy. la note précédente.

gement de dénomination, changement fâcheux en soi et de nature à jeter quelque confusion dans les idées. En effet, dans le langage du Code, les premiers administrateurs étaient appelés *agents*, et ceux qui, au bout de quinze jours ou d'un mois, les remplaçaient (1), *syndics provisoires;* quant à ceux qui, lorsque la faillite ne se terminait pas par un accord entre le failli et ses créanciers, étaient désignés pour la conduire à son terme, ils prenaient le nom de *syndics définitifs* (2). Ces dénominations, fort exactes en elles-mêmes, étaient consacrées par l'usage. Or, dans le projet primitif, il n'y avait pas, comme je l'ai fait remarquer, d'administrateurs nommés par le jugement déclaratif ; les premiers administrateurs se trouvaient être ceux qui, d'après le Code, n'étaient que les seconds, les *syndics provisoires*, et on leur avait conservé ce nom. Mais, par une singulière inadvertance, quand ce système fut abandonné, et qu'on en fut revenu à faire nommer des administrateurs par le jugement déclaratif lui-même, on maintint la disposition qui donnait le titre de *syndics provisoires* aux premiers administrateurs (3); et on fut, par suite, réduit à qualifier de *syndics définitifs* ceux que le Code appelait *syndics provisoires*. Ces prétendus *syndics définitifs* ne sont, en réalité, que des syndics provisoires : car ils seront remplacés par d'autres (qui seront, ceux-là, des syndics définitifs), et ils ne peuvent avoir que des pouvoirs bornés, limités à des actes qui ont un caractère provisoire, préparatoire (4).

(1) Art. 459 du Code de 1808 : « Les agents nommés par le tribunal de « commerce géreront la faillite, sous la surveillance du commissaire, jus- « qu'à la nomination des syndics : leur gestion provisoire ne pourra durer « que quinze jours au plus, à moins que le tribunal ne trouve nécessaire « de prolonger cette agence de quinze autres jours pour tout délai. »

(2) Ainsi, dans le Code, il y avait un Chapitre VI intitulé *Des syndics provisoires*, un Chapitre VII *Des opérations des syndics provisoires*, un Chapitre VIII *Des syndics définitifs et de leurs fonctions*.

(3) « Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal de commerce « nommera un ou plusieurs syndics provisoires » (nouvel art. 462, alinéa 1er).

(4) « Le juge-commissaire convoquera immédiatement (après le juge-

Ainsi, ceux que le législateur de 1838 appelle *syndics définitifs* ne sont véritablement que des syndics provisoires, et parce qu'ils n'ont pas mission de terminer la faillite, et parce qu'ils n'ont pas le pouvoir de faire les actes graves et décisifs que suppose le titre de syndic définitif. On aurait donc dû, comme l'avaient fait les rédacteurs du Code, réserver la qualification de *syndics définitifs* pour les syndics nommés après ceux-là, pour les syndics qui seuls ont mission de terminer la faillite, qui ne seront point remplacés par d'autres et qui ont seuls le pouvoir de faire des actes définitifs. Le changement de dénomination qui a été consacré en 1838 est fâcheux en soi, et ne saurait être considéré que comme un accident de rédaction, que comme un vestige d'un système qu'on a fini par écarter.

Nous ne nous sommes encore occupé que des dénominations. Voyons maintenant, d'une manière générale, en quoi le système de la nouvelle loi et le système du Code diffèrent et en quoi ils se ressemblent.

Entre le système de l'ancien texte du Code et celui du nouveau, quant aux premiers administrateurs de la faillite, il n'y a d'autres différences que celles-ci :

« ment déclaratif) les créanciers présumés à se réunir, dans un délai qui « n'excédera pas quinze jours. Il consultera les créanciers présents à cette « réunion, tant sur la composition de l'état des créanciers présumés que « sur la nomination de nouveaux syndics. Il sera dressé procès-verbal de « leurs dires et observations, lequel sera représenté au tribunal. — Sur le « vu de ce procès-verbal et de l'état des créanciers présumés et sur le « rapport du juge-commissaire, le tribunal nommera de nouveaux syndics « ou continuera les premiers dans leurs fonctions. — Les syndics ainsi ins- « titués sont définitifs; cependant ils peuvent être remplacés par le tribunal « de commerce, dans les cas et suivant les formes qui seront déterminés » (même art. 462, alin. 2, 3 et 4).

« S'il n'intervient point de concordat, les créanciers seront de plein « droit en état d'union. — Le juge-commissaire les consultera immédia- « tement, tant sur les faits de la gestion que sur l'utilité du maintien ou « du remplacement des syndics. — Il sera dressé procès-verbal des dires « et observations des créanciers, et, sur le vu de cette pièce, le tribunal de « commerce statuera comme il est dit à l'art. 462 » (art. 529). — Quant aux pouvoirs de cette troisième classe de syndics, voy. les art. 532 et suiv.

1° L'ancien texte les qualifiait d'*agents*, le nouveau les qualifie de *syndics provisoires* (1).

2° D'après l'ancien texte du Code, la durée de leurs fonctions était limitée à quinze jours ; mais le tribunal pouvait, s'il le jugeait convenable, en proroger la durée de quinze autres jours pour tout délai (2). D'après le nouveau texte, cette faculté de prolongation n'existe pas, et la durée de quinzaine est absolument obligatoire (3).

3° D'après l'ancien texte du Code, les premiers administrateurs devaient prêter serment (4) ; aujourd'hui, ils en sont dispensés.

Du reste, les attributions de ces premiers administrateurs sont restées les mêmes : elles sont limitées à des actes conservatoires, aux actes nécessaires pour que la faillite puisse suivre son cours sans diminution du gage des créanciers.

Au contraire, en ce qui concerne les seconds administrateurs, on a fait, en 1838, une grave innovation, un grave changement au système du Code. D'après le Code, les créanciers participaient à la nomination de ces seconds administrateurs, appelés alors, comme je l'ai dit, *syndics provisoires*. Les créanciers dressaient une liste de candidats, qui devait être en nombre triple de celui des syndics à nommer, et le tribunal ne pouvait prendre les syndics que sur cette liste ; c'était une espèce d'élection à deux degrés, les créanciers représentant le premier degré, et le tribunal représentant le second (5). En 1838, on a retiré ce

(1) « La loi nouvelle, dit avec raison M. Renouard (*op. cit.*, t. 1, p. 444), « ne supprime réellement pas les agents ; elle n'en a que changé le nom. » — « Les fonctions déférées aux agents, dit également M. Bédarride (*op. « cit.*, t. 1, n° 214), le sont aujourd'hui aux syndics provisoires. »

(2) Ancien art. 459. Voy. ci-dessus, p. 83, note 1.

(3) La loi dit seulement (art. 462) que les créanciers seront convoqués à se réunir dans un délai qui n'excédera pas quinze jours, pour donner leur avis sur la nomination de nouveaux syndics.

(4) Ancien art. 461 : « Les agents ne pourront faire aucune fonction avant « d'avoir prêté serment, devant la commissaire, de bien et fidèlement « s'acquitter des fonctions qui leur sont attribuées. »

(5) Ancien art. 480 : « Les créanciers réunis présenteront au juge-com-

droit de participation, au moins indirecte, à la nomination des syndics; et l'on a voulu que les seconds administrateurs fussent nommés, comme les premiers, par le tribunal, — avec cette seule différence que pour les seconds les créanciers seront convoqués pour donner un avis, avis qui n'est pas obligatoire pour le tribunal et auquel il n'est pas tenu de se conformer (1).

En 1838, on a fait au système du Code un changement plus grave encore. D'après le Code, les créanciers qui étaient déjà reconnus et vérifiés procédaient eux-mêmes, directement et sans la participation du tribunal, à la nomination des *syndics définitifs* (2). En 1838, on leur a retiré ce droit, et on a décidé que les *troisièmes administrateurs* seraient nommés exactemnet de la même manière que les seconds, c'est-à-dire par le tribunal après un simple avis des créanciers (3).

On voit donc qu'aujourd'hui les créanciers ne participent plus réellement à la nomination des syndics, et que les administrateurs des faillites sont tous, à quelque période de la faillite qu'ils soient nommés, des mandataires *purement judiciaires*, — tandis que, sous l'empire du Code, ils étaient : les premiers, des mandataires *judiciaires*, — les seconds, des mandataires *à la fois conventionnels et judiciaires*, — les troisièmes, enfin, des mandataires *simplement conventionnels*.

Si, maintenant, nous cherchons à apprécier, en les comparant l'un à l'autre, le système du Code et celui de la nouvelle loi, nous verrons que les auteurs du Code de commerce avaient été conséquents, et que ceux de la nouvelle loi ne l'ont pas été. En effet, les auteurs de la nouvelle loi ont supprimé pour les créanciers tout droit de participation effective à la nomination des syndics, et cependant ils ont conservé scrupuleusement ce qui

« missaire une liste triple du nombre des syndics provisoires qu'ils esti-
« meront devoir être nommés; sur cette liste, le tribunal de commerce
« nommera. »

(1) Voy. le nouvel art. 462.

(2) Voy. l'ancien art. 527.

(3) Voy. le nouvel art. 529 (ci-dessus, p. 84, note).

était le grand inconvénient du système du Code, c'est-à-dire toutes les formalités, toutes les complications qu'entraînait cette participation des créanciers à la nomination des syndics. Ces complications, qui étaient nécessaires et, par conséquent, rationnelles dans le système du Code, ne le sont pas dans le système nouveau; elles ont les mêmes inconvénients que dans l'ancien, sans avoir la même raison d'être. Le nouveau système aurait donc beaucoup gagné à être affranchi de tout cet attirail de formalités véritablement sans cause, et qui entraîne des embarras, des lenteurs et des frais préjudiciables à tous les intérêts (1).

Que si, après cela, nous remontons au principe même qui a servi de base et de point de départ à chacun de ces systèmes si opposés, nous verrons que chacun de ces principes ne diffère pas moins de l'autre que les systèmes qui en dérivent ne diffèrent entre eux.

Les rédacteurs du Code de commerce étaient partis de cette idée : qu'il importait que les administrateurs de la faillite fussent nommés, dès que cela se pouvait, par les intéressés eux-mêmes, et pris, autant que possible, parmi ces derniers. Ils avaient combiné leurs dispositions en conséquence. Ainsi, d'abord ils faisaient nommer les syndics définitifs par les créanciers seuls, et pour les syndics provisoires ils circonscrivaient le choix du tribunal aux candidats présentés par les créanciers : les créanciers étaient donc véritablement les maîtres de la nomination. D'un autre côté, pour que les créanciers fussent nommés agents ou syndics de préférence à tous autres, les rédacteurs du Code avaient décidé que les agents seraient tenus de prêter serment (2), et que nul ne pourrait être nommé agent

(1) Je comprends la critique adressée par M. Bravard au législateur de 1838; mais je crains qu'elle ne soit empreinte d'un peu d'exagération. En effet, j'ai peine à croire qu'il n'y ait absolument rien de bon dans la disposition (art. 462 et 549), d'après laquelle les syndics définitifs ne doivent être nommés par le tribunal qu'après que les créanciers ont été appelés à donner leur avis.

(2) J'avoue que je n'aperçois pas bien comment la prestation de serment

deux fois dans le cours de la même année, à moins qu'il ne fût créancier (1); ils avaient décidé, de plus, que la gestion, quand elle était confiée à des créanciers, devait être gratuite de leur part (2). Ainsi, le principe du Code était que l'administration de la faillite devait, autant que possible, émaner des créanciers, et être confiée aux créanciers eux-mêmes.

Mais l'expérience avait condamné ce système et démontré que les créanciers ne méritaient pas la confiance qu'avaient mise en eux les rédacteurs du Code, qu'ils ne la méritaient pas, soit comme chargés de procéder à la nomination des syndics, soit comme chargés eux-mêmes de l'administration. En effet, d'abord, quand il s'agissait de la nomination des syndics, les créanciers se montraient peu jaloux d'y concourir : ils ne se rendaient qu'en très-petit nombre aux assemblées convoquées pour cet objet, et la liste de candidature était presque toujours l'œuvre d'une très-faible minorité qui s'entendait avec le débiteur, de sorte que c'était lui qui, en réalité, faisait les nominations (3). On a

imposée aux agents se rattache à l'idée que l'administration de la faillite doit être confiée autant que possible aux créanciers.

(1) Ancien art. 456 : « Les agents que nommera le tribunal pourront être « choisis parmi les créanciers présumés ou tous autres qui offriraient le « plus de garantie pour la fidélité de leur gestion. Nul ne pourra être « nommé agent deux fois dans le cours de la même année, à moins qu'il « ne soit créancier. »

(2) Le texte du Code ne parle d'indemnité qu'à propos des agents (art. 483-485). Quant aux syndics, on se demandait s'il ne fallait pas, pour eux comme pour les agents, distinguer suivant qu'ils avaient ou non été choisis parmi les créanciers, ou s'il ne fallait pas plutôt leur refuser d'une manière absolue et dans tous les cas droit à aucune indemnité. Voy. M. Renouard, *op. cit.*, t. 1, p. 457.

(3) Voici comment M. Renouard s'exprimait, en 1835, dans son rapport à la Chambre des députés : « Le mode de nomination autorisé par le Code « de commerce a donné lieu aux plus criants abus, et le choix des syndics « provisoires a été trop souvent, on ne saurait en disconvenir, une plaie « pour les faillites. Les premières assemblées de créanciers sont habituel- « lement peu nombreuses, et principalement envahies par ceux des créan- « ciers qui, soit de connivence avec le failli, soit dans des vues d'intérêt « particulier, aspirent au syndicat; les fondés de pouvoir y abondent, et « un même pacte, arrêté à l'avance, dirige la majorité des voix. Quand les

donc eu raison de retirer aux créanciers un droit dont ils n'usaient pas et pour l'exercice duquel ils n'offraient pas de suffisantes garanties. Le principe de la nouvelle loi est préférable à celui de l'ancienne, est plus conforme aux véritables intérêts de la masse. Mais, en conférant au tribunal, comme l'ont fait avec raison les auteurs de la nouvelle loi, la nomination des administrateurs de la faillite, il fallait affranchir cette nomination de toutes les formalités et de tous les renouvellements d'administrateurs exigés par le Code; c'est ce que n'ont pas fait les auteurs de la nouvelle loi, et c'est en quoi leur système laisse à désirer (1).

« choses ont été ainsi concertées, on dresse une liste triple de candidats, « de manière à forcer les choix du tribunal : car tout le monde sait avec « quelle facilité, dans une élection quelle qu'elle soit, on peut abuser des « listes de candidature, la plus illusoire de toutes les précautions électo- « rales. De là ces choix malheureux, qui tantôt font peser le fléau des « syndicats sur les créanciers, tantôt en accablent le failli. »

Même langage dans l'*Exposé des motifs* à l'appui du second projet présenté par le Gouvernement (1837) : « L'expérience a démontré que ces « listes de présentation, concertées habituellement dans l'intérêt du failli, « dépendent de combinaisons trop faciles à organiser dans une première « assemblée, presque inévitablement incomplète et qui ne se compose que « de créanciers non encore vérifiés. »

(1) Ainsi, d'après M. Bravard, il faudrait que les syndics nommés par le jugement déclaratif restassent en fonctions jusqu'à la fin de la faillite. Ce système aurait sans doute l'avantage d'une grande simplicité; mais je persiste à croire qu'on ne pourrait pas sans inconvénient tenir ainsi les créanciers absolument étrangers à l'administration de la faillite (comp. ci-dessus p. 87, note 1). C'est là une idée qui fut très-bien exprimée par M. Tripier dans les deux rapports qu'il présenta successivement (1836 et 1837) à la Chambre des pairs :

« Les syndics, dit le premier rapport, sont appelés à gérer les affaires de « la masse dont ils sont les mandataires; les fonctions qui leur sont con- « fiées sont importantes et difficiles : est-il conforme à l'équité et aux règles « du droit que les créanciers soient exclus de tout concours à la nomina- « tion de leurs mandataires? Est-il prudent d'exposer le tribunal à sup- « porter seul la responsabilité morale de pareils choix? »

« L'art. 462, dit le deuxième rapport, reproduit le mode qui avait été « proposé pour la nomination des syndics provisoires. Votre Commission a « soumis cette question à un nouvel examen, et elle persiste à penser que « la nomination doit être précédée d'une présentation faite par les créan-

D'un autre côté, comme administrateurs des faillites, les créanciers n'avaient pas mieux justifié la confiance des rédacteurs du Code : 1° ils manquaient, en général, de l'expérience nécessaire pour bien gérer la faillite; 2° ils n'y consacraient que très-peu de temps, d'autant moins qu'ils n'étaient pas salariés. Souvent même ils se faisaient remplacer par des agents d'affaires, auxquels ils allouaient un salaire aux dépens de la masse, de sorte que cette gestion prétendue gratuite ne l'était nullement. Ils se montraient, d'habitude, bien plus préoccupés de leur intérêt particulier que de l'intérêt commun, et disposés à pactiser avec le débiteur. — L'expérience avait donc démontré que des personnes désintéressées offraient plus de garanties pour une bonne gestion des faillites que des créanciers. Aussi les auteurs de la nouvelle loi ont-ils supprimé toutes les dispositions de l'ancienne qui tendaient à faire préférer les créanciers. Ainsi, ils ont supprimé la disposition de l'ancien art. 456, qui ne permettait pas de nommer deux fois *agent de faillite* la même personne dans le cours de la même année, si elle n'était pas créancière. Ils ont supprimé aussi la nécessité du serment qui était exigé des agents (1), et ils ont abrogé toute distinction quant au salaire entre les créanciers et les non-créanciers (2), afin qu'il n'y eût plus aucun motif légal,

« ciers. Les syndics sont appelés à gérer les intérêts de la masse : convient-« il qu'elle reste entièrement étrangère au choix d'administrateurs chargés « de ses intérêts? Les créanciers seront-ils condamnés au rôle passif de « spectateurs, lors même que les choix pourraient compromettre leur « gage? La première nomination est faite par le tribunal seul, sans les « consulter, parce qu'elle est urgente : le dessaisissement du débiteur doit « être suivi, immédiatement et sans aucun retard, de la nomination d'un « autre gérant; elle n'a d'ailleurs qu'un objet sans importance et une durée « limitée à quelques jours. Mais ces motifs ne peuvent s'appliquer à la se-« conde nomination, qui doit embrasser toutes les opérations jusqu'au « concordat ou à l'union. Elle doit être faite avec d'autant plus de maturité « que le jugement ne sera susceptible ni d'opposition ni d'appel. Les « créanciers ne doivent en être écartés que s'il y a nécessité absolue; cette « nécessité n'existe pas. »

(1) Voy., ci-dessus, p. 87, note 2.

(2) « Les syndics pourront être choisis parmi les personnes étrangères

si je puis m'exprimer ainsi, d'appeler les créanciers de préférence aux étrangers.

En fait, depuis la loi de 1838, il est très-rare que des créanciers soient chargés de l'administration de la faillite. Ce serait un bien, si ceux qu'on nomme étaient tenus de justifier qu'ils offrent des garanties de lumières, d'expérience, de solvabilité. Mais, et c'est là le vice capital du système de la nouvelle loi, ils ne sont tenus à aucune justification ; les auteurs de cette loi s'en sont rapportés purement et simplement aux tribunaux de commerce et aux choix qu'ils feraient. Il est résulté de là que ces tribunaux, profitant de la latitude qui leur était ainsi laissée, ont établi auprès d'eux des espèces de corporations d'agents d'affaires, appelés *syndics des faillites*, et parmi lesquels ils prennent toujours les administrateurs des faillites. Ces syndics, n'ayant aucun caractère officiel, n'étant tenus que de se faire agréer par le tribunal, gèrent les faillites d'une manière peu satisfaisante et qui excite de vives réclamations (1).

Il y a là évidemment absence de garantie, et cela tient à ce que, en 1838, tout en introduisant des dispositions qui devaient

« à la masse, et recevoir, quelle que soit leur qualité, après avoir rendu « compte de leur gestion, une indemnité que le tribunal arbitrera sur le « rapport du juge-commissaire » (art. 462 *in fine*).

(1) Le garde des sceaux (M. Barthe) n'entendait pas que les choses dussent se passer ainsi. Voici, en effet, comment il s'exprimait dans une circulaire du 8 juin 1838 : « Quoique, d'après l'art. 462, les syndics définitifs « eux-mêmes puissent être étrangers à la masse des créanciers, il ne « devra être usé de cette faculté qu'avec une grande réserve. Si des désignations de syndics étrangers devenaient fréquentes, il pourrait en « résulter avec le temps une habitude à laquelle il serait difficile de se « soustraire. En général, il n'y a que de l'inconvénient à créer auprès des « tribunaux des professions dépourvues de caractère officiel. Les administrateurs ainsi désignés ne manqueraient pas d'accepter leur mandat « dans l'espérance d'un salaire que les syndics créanciers réclameront plus « rarement. Prendre les syndics parmi ceux des créanciers connus qui inspirent le plus de confiance, telle doit être la règle générale. Choisir ces « syndics parmi d'autres personnes, telle doit être l'exception, que pourront déterminer des motifs dont l'appréciation dépendra entièrement des « circonstances. »

avoir pour résultat direct ou indirect 1° de retirer aux créanciers le droit qu'ils avaient eu jusque-là de participer à la nomination des administrateurs de la faillite, 2° de les exclure presque toujours de la gestion, on a cherché à pallier par des apparences contraires ce double résultat auquel devaient aboutir et ont, en effet, abouti, dans la pratique, les dispositions nouvelles. De là vient qu'on a conservé des formalités sans objet; de là vient aussi qu'on n'a exigé des administrateurs des faillites aucune garantie légale, aucune condition spéciale de capacité et de solvabilité. — Pour faire cesser toute réclamation et pour donner au système nouveau toute son efficacité, pour en tirer tous les avantages qu'on peut justement en attendre, il suffirait d'y faire deux changements très-simples et très-faciles, savoir :

1° Décider que les administrateurs seront nommés par le jugement déclaratif, pour toute la durée de la faillite ;

2° Que les administrateurs seront choisis parmi certaines personnes que l'on indiquerait d'avance, dont on formerait une liste, liste sur laquelle ne pourraient être inscrits que ceux qui justifieraient qu'ils réunissent les conditions nécessaires pour bien gérer les faillites, conditions de lumières, d'expérience et de solvabilité (1).

Je crois que de la sorte le but serait atteint. Dans l'état actuel de la législation, les faillites ne sont guère mieux gérées que sous l'empire de l'ancien texte (2).

(1) N'y aurait-il pas un véritable danger à constituer ainsi une espèce de corporation de personnes intéressées à multiplier et à prolonger les faillites? Comp. M. Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 224.

(2) Il ne sera pas inutile de jeter ici un coup d'œil sur la manière dont l'administration des faillites a été organisée en Allemagne, dans les Pays-Bas et en Angleterre.

En Allemagne, il y a faillite ou déconfiture (*concurs*) dès que, plusieurs créanciers voulant se faire payer par un même individu, la fortune de celui-ci est insuffisante pour les désintéresser tous intégralement. Pour que la faillite ou déconfiture soit *formellement ouverte*, il faut un jugement rendu par le tribunal du domicile du débiteur. Ce jugement interdit toujours au débiteur la disposition de ses biens; il défend de lui faire aucun

3° *Autres mesures qu'amène le jugement déclaratif.*

Le jugement déclaratif emporte encore d'autres mesures qui n'ont pas, sans doute, le même caractère de nécessité que la nomination d'administrateurs, mais qui sont tellement

paiement. Le tribunal doit prendre toutes mesures nécessaires pour la conservation des biens : en conséquence, il doit faire apposer les scellés et faire vendre aux enchères publiques les objets difficiles à conserver; de plus, il peut nommer un administrateur provisoire des biens. — Il s'agit maintenant de liquider les droits des créanciers. Les créanciers sont invités par affiches et par la voie des journaux à se faire connaître dans un certain délai; le tribunal nomme un agent chargé de représenter le débiteur et de contredire, s'il y a lieu, les prétentions des créanciers. Ceux-ci, de leur côté, sont sommés par le tribunal de proposer un administrateur du patrimoine, ainsi qu'un *comité d'administration* choisi dans leur sein. Voy., pour plus de détails, l'article publié par M. Rauter dans la *Revue étrang. de législ.*, t. I, p. 577 et suiv.; voy. aussi M. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 217. Ce qui nous frappe le plus dans ce système, c'est : 1° que le débiteur a un représentant spécial; 2° que, sauf le cas où le tribunal croirait devoir dès le principe nommer un administrateur provisoire, il n'y aura pas plusieurs administrations successives, il y aura une administration unique jusqu'à la fin des opérations de la faillite.

Dans les Pays-Bas, le Code de commerce, qui est en vigueur depuis le 1er octobre 1838, contient un Livre III, intitulé *Des mesures à prendre en cas d'insolvabilité de commerçants*. Dans le Titre I, *De la faillite*, nous remarquons les dispositions suivantes : Le jugement déclaratif de la faillite emporte, de plein droit, dessaisissement du débiteur de la disposition et de l'administration de tous ses biens (art. 7). — Le jugement déclaratif de la faillite contiendra la nomination d'un ou de plusieurs curateurs, qui seront choisis de préférence parmi les créanciers; le greffier ou commis greffier ne peut être chargé de cette mission (art. 24). — Le tribunal de commerce pourra, à toute époque, sur la proposition du juge-commissaire ou sur la requête motivée d'un ou de plusieurs créanciers, révoquer les curateurs ou l'un d'eux et les remplacer par d'autres. Il peut aussi adjoindre aux curateurs déjà nommés un ou plusieurs autres pris dans le sein des créanciers. Dans la dernière assemblée pour la vérification des créances, le juge-commissaire consultera expressément les créanciers sur le remplacement des curateurs nommés et sur l'adjonction d'autres curateurs : il fera, en conséquence, ses propositions au tribunal, qui statuera ainsi qu'il jugera convenable dans l'intérêt de la masse (art. 25). — Immédiatement après leur nomination, les curateurs prêteront, entre les mains du juge-commissaire, le serment de remplir fidèlement les fonctions qui

appropriées à la situation, que sans elles le système de la loi serait défectueux et incomplet.

La première de ces mesures est la nomination d'un surveil-

leur sont attribuées (art. 29). — Ils sont tenus de faire afficher, dans les trois jours de leur nomination, un extrait du jugement déclaratif de la faillite... (art. 30). — En somme, les curateurs nommés par le jugement déclaratif conservent l'administration, sauf la faculté de remplacement et d'adjonction qui appartient au tribunal, jusqu'à la fin des opérations de la faillite, et, par conséquent, ils représentent les syndics provisoires et les syndics définitifs de la loi française. Comp. M. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 206.

Enfin, pour donner une idée du système suivi en Angleterre, je me bornerai à mettre sous les yeux du lecteur la traduction de quelques articles de la loi du 6 août 1861 (*an act to amend the law relating te bankruptcy and insolvency in England*). Tous ces articles sont relatifs à l'agent officiel (*official assignee*) et à l'agent des créanciers (*creditors assignee*) :

Art. 16. « Au cas où une charge d'agent officiel deviendrait vacante à la « Cour de Londres, il n'y sera pas pourvu tant que le nombre des agents « officiels dans le district de Londres ne se trouvera pas réduit par suite « de vacances à moins de cinq. En cas de vacance de la charge d'agent « officiel dans un district rural, il n'y sera pas pourvu tant qu'il y aura un « autre agent officiel dans le même district. »

Art. 108. « Immédiatement après le jugement déclaratif (*adjudication*), « l'agent officiel doit prendre possession des biens du failli, et il doit rester « en possession jusqu'à la nomination d'un agent des créanciers; mais, si « l'agent officiel, ou si la Cour, sur la représentation de quelqu'un des « créanciers, était d'avis que cette prise de possession des biens du failli « n'est pas nécessaire pour la protection raisonnable des créanciers, la pos- « session dont il s'agit ne devrait pas être continuée. »

Art. 116. « A la première assemblée de créanciers ou à une assemblée « ultérieure, il appartiendra à la majorité en sommes des créanciers véri- « fiés de choisir un ou plusieurs administrateurs des biens du failli, sous « le nom d'*agent des créanciers*, sauf le droit qu'a la Cour de repousser la « personne ainsi choisie si elle lui paraissait incapable, et alors un nouvel « agent des créanciers devrait être choisi. »

Art. 117. « Après la nomination de l'agent des créanciers, tous les biens « du failli, soit immobiliers, soit mobiliers (*both real and personal*), seront « repris à l'agent officiel et confiés à l'agent des créanciers. »

Art. 118. « L'agent officiel doit immédiatement rendre à l'agent des « créanciers un compte complet et détaillé des biens du failli, ainsi que de « tous recouvrements, paiements et autres actes qu'il a pu faire, et lui re- « mettre une liste de tous les créanciers du failli qui ont prouvé leurs « droits. »

Art. 127. « L'agent des créanciers doit administrer, et, sauf ce qui va

lant légal et judiciaire de la faillite, appelé *juge-commissaire* (1). Ce juge-commissaire est nommé, comme les syndics provisoires,

« être dit, réaliser et recouvrer les biens appartenant au failli, où qu'ils « soient situés, et les convertir en argent. Il doit verser toutes sommes « qu'il n'est pas nécessaire de garder pour les dépenses courantes, « tous bills de l'Echiquier, obligations de l'Inde et autres effets publics, et « tous billets et effets négociables, dès qu'il les reçoit, à la Banque d'An- « gleterre, au compte de l'officier comptable en matière de banqueroute « (*of the accountant in bankruptcy*), — à moins que, le jugement déclaratif « ayant été rendu dans un district rural, il n'y ait pas dans la localité une « succursale de la Banque d'Angleterre : alors le versement sera fait à la « Banque que la Cour indiquera, au crédit d'un compte ouvert à cette « Banque par l'agent en son caractère officiel. »

Art. 128. « L'agent officiel doit réaliser et recouvrer toute créance dont « le montant ne dépasse pas 10 livres. Il devra immédiatement verser les « sommes ainsi réalisées et recouvrées à la Banque d'Angleterre ou en se « conformant à l'article précédent. Pour les sommes dont il s'agit, il devra « être considéré comme seul administrateur des biens, nonobstant la no- « mination d'un agent des créanciers. »

(1) Dans les travaux préparatoires du Code de 1808, il avait été question de confier l'administration même de la faillite à un membre du tribunal. Mais cette idée fut repoussée, par le motif que les juges ne pourraient suffire à une pareille tâche. Suivant M. Locré, ce motif, qui démontre l'impossibilité de charger un juge de l'administration, ne prouve guère moins que la surveillance, sur laquelle le législateur compte beaucoup, sera nulle : « Sans occuper le juge autant que la gestion, dit-il, la surveillance l'occu- « pera cependant encore beaucoup trop. Il ne dépouillera pas les livres et « la correspondance, il ne formera point le bilan, il ne confectionnera pas « l'inventaire, enfin il ne fera point lui-même les opérations dont les syn- « dics provisoires sont chargés ; mais, pour que sa surveillance soit réelle « et sérieuse, il faut qu'il les voie toutes, qu'il les vérifie, qu'il les con- « trôle. S'il ne se place, pour ainsi dire, à côté des syndics, s'il ne prend « connaissance de tout ce qu'ils font, s'il ne les suit pas à pas, comment « empêchera-t-il les écarts? comment découvrira-t-il et arrêtera-t-il les « fraudes? comment saisira-t-il l'ensemble de l'administration et l'état de « la faillite? comment redressera-t-il l'infidèle exposé par lequel les syn- « dics entreprendraient de couvrir leurs prévarications, ou de tromper la « masse...? Si le juge-commissaire a trente faillites à surveiller avec l'exac- « titude que la loi attend de lui, où prendra-t-il le temps de se livrer à une « surveillance d'une telle étendue?... Force lui est donc de ne voir que par « les yeux de ces syndics, sur lesquels il devait exercer une sévère surveil- « lance... » (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 192).

Heureusement ces craintes ne se sont pas réalisées, et l'expérience prouve que l'institution du juge-commissaire a été une innovation salutaire

par le jugement même qui déclare la faillite (1); il demeure en fonctions jusqu'à ce que cette faillite soit complétement liquidée.

Du reste, le juge-commissaire ainsi nommé par le jugement déclaratif peut toujours être remplacé; et même assez souvent il devra l'être. En effet, d'abord bon nombre de faillites durent plus longtemps que les fonctions des juges de commerce, fonctions dont la durée est limitée à deux ans (2) De plus, le juge-

de la part des rédacteurs du Code de 1808. Comme le dit M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 148), « l'intervention immédiate du magistrat est un obs-« tacle à beaucoup de fraudes, un moyen d'atteindre celles qui auraient été « pratiquées. La surveillance continuelle, qui le rend dans tous les temps « accessible aux réclamations des créanciers; le pouvoir qu'il a de man-« der les syndics, de leur faire des réquisitions, des injonctions, de provo-« quer même leur destitution, est une barrière à tous les abus, et un obsta-« cle à ce que l'administration soit détournée de ses voies légales. »

Du reste, on verra un peu plus loin l'institution du juge-commissaire appréciée par M. Bravard lui-même.

(1) Voy. l'art. 454 de l'ancien texte (ci-dessus, p. 80, note 1) et l'article 451 du nouveau.

(2) Sans doute, la règle générale est que les juges et suppléants sont nommés pour deux ans. Voici, en effet, comment s'exprime l'art. 622 du Code de commerce, complété par la loi du 3 mars 1840 : « A la première « élection, le président et la moitié des juges et des suppléants dont le tri-« bunal sera composé, seront nommés pour deux ans; la seconde moitié « des juges et des suppléants sera nommée pour un an. Aux élections pos-« térieures, toutes les nominations seront faites pour deux ans. — Tous les « membres compris dans une même élection seront soumis simultané-« ment au renouvellement périodique, encore bien que l'institution de « plusieurs d'entre eux ait été différée. »

Mais néanmoins il est très-possible qu'un membre du tribunal de commerce reste en fonctions plus de deux ans, ou *vice versâ* qu'il reste en fonctions moins de deux ans. En effet, d'abord, aux termes de l'art. 623, modifié par la loi du 3 mars 1840, « le président et les juges, sortant d'exercice « après deux années, peuvent être réélus immédiatement pour deux autres « années. » Il y a plus : un commerçant peut être membre du tribunal de commerce pendant huit années consécutives. Il n'y a qu'à supposer qu'il est nommé suppléant pour deux ans, et réélu en la même qualité à l'expiration des deux ans pour deux nouvelles années; puis nommé juge pour deux ans et réélu pour deux nouvelles années. — Réciproquement, le juge nommé pour deux ans peut se démettre, mourir ou devenir incapable avant l'expiration des deux ans. Alors quelle sera la condition de son successeur? A cet égard, la loi du 3 mars 1840 (C. de comm., art. 623 *in fine*) s'exprime ainsi : « Tout membre élu en remplacement d'un autre, par

commissaire peut avoir été nommé dans la dernière année et même dans les derniers mois de sa judicature, ce qui rend son remplacement nécessaire : car, dès qu'il a une fois cessé d'être membre du tribunal, il ne peut plus être juge-commissaire (1). — Quant à la marche à suivre pour le remplacement du juge-commissaire, elle est la même que pour sa nomination, c'est-à-dire qu'il faut un jugement. Il y a cependant des auteurs qui prétendent qu'on peut remplacer le juge-commissaire par mesure en quelque sorte administrative, sans jugement (2). Mais c'est à tort : car remplacer un juge-commissaire, c'est en nommer un autre, et par conséquent ce cas est compris dans l'art. 451 (3); d'ailleurs, l'art. 583, n° 1, suppose que le

« suite de décès ou de toute autre cause, ne demeurera en exercice que « pendant la durée du mandat confié à son prédécesseur. »

(1) Lorsque le temps pour lequel un membre du tribunal de commerce avait été élu, se trouve expiré, mais que ce membre est réélu (voy. la note précédente), faudra-t-il un nouveau jugement pour le maintenir dans les fonctions de juge-commissaire, auxquelles il avait été appelé pendant sa première judicature, ou bien y est-il maintenu de plein droit par cela seul que la faillite dont on l'a chargé de surveiller les opérations n'est pas encore terminée? Il faudra un nouveau jugement. Du moins, c'est ainsi que les choses se passent au tribunal de commerce de la Seine.

(2) « Rien n'a été prévu, rien n'a dû l'être, sur la marche à suivre pour « provoquer ce remplacement. Il eût été irrévérent d'organiser devant le « tribunal de commerce une procédure contre un de ses membres, à la re- « quête des syndics ou des créanciers du failli. Le tribunal est ouvert à « toutes les plaintes, il ne l'est point à un procès contre le juge-commis- « saire : il ne statue pas par forme de jugement entre le juge et le justi- « ciable. Si, malgré les réclamations qui lui sont adressées, il croit devoir « maintenir ce magistrat dans sa fonction déléguée, le silence suffit pour « ce maintien. Si, pour autre cause quelconque, souvent par suite de la « demande du magistrat lui-même, il croit devoir le remplacer, il le fait « par une décision non motivée, qui est, non pas un jugement, mais un « acte d'administration et qui n'emporte aucun caractère improbatif. L'é- « nonciation de certains motifs, ou l'abstention purement accidentelle de « motifs pourraient porter atteinte à la considération du juge-commissaire « remplacé. Il importe à la dignité de la justice que ces sortes de décisions « ne soient jamais motivées » (M. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 417). Voy. aussi MM. Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 166, et Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1710. — Je reviendrai dans un instant sur cette doctrine.

(3) Cet argument de texte n'est pas bien bon : car il mènerait à dire

remplacement s'opère comme la nomination, par un jugement. Il ne saurait donc y avoir de doute à cet égard (1).

La seule condition requise pour être juge-commissaire, c'est de faire partie du tribunal, soit comme juge, soit comme suppléant (2), et d'être désigné par le tribunal pour remplir ces fonc-

que le juge-commissaire doit être remplacé par *le jugement qui déclare la faillite*, ce qui est absurde. En d'autres termes, pour réfuter le raisonnement de M. Bravard, il suffit de faire remarquer que l'art. 451 est exclusivement applicable à la nomination du premier juge-commissaire appelé à surveiller les opérations d'une faillite, mais non à la nomination de ceux dont les services pourront être requis un certain temps après le jugement déclaratif.

(1) Au fond, je crois que M. Bravard est d'accord avec les auteurs dont il blâme le langage, et que la question est purement et simplement une question de mots : convient-il d'appeler *jugement* la décision du tribunal de commerce qui remplace le juge-commissaire? Je remarque d'abord que M. Renouard, qui, dans le passage que j'ai rapporté il n'y a qu'un instant, dit que le juge-commissaire n'est point remplacé par un *jugement*, parle, six pages plus haut (p. 411), des *jugements* relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire. M. Renouard lui-même n'a donc pas sur la question une opinion bien arrêtée : il ne parle pas toujours la même langue. Lorsque (p. 417) il refuse de voir un *jugement* dans la décision qui remplace le juge-commissaire, il est préoccupé de l'idée que tout jugement doit être motivé et qu'ici il n'y aura point de motifs exprimés. La vérité est que toute décision rendue par un tribunal est un jugement, lors même que dans des cas particuliers comme celui qui nous occupe elle ne devrait pas être motivée. Et je suis bien convaincu que le législateur n'a pas intentionnellement évité de se servir du mot *jugement* lorsqu'il a dit dans le nouvel art. 454 : « Le tribunal de commerce pourra, à toutes les « époques, remplacer le juge-commissaire de la faillite par un autre de ses « membres. »

Un arrêt de la Cour de cassation, du 25 février 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 233), déclare non recevable l'action principale dirigée par le failli contre le syndic, à l'effet d'obtenir nomination d'un nouveau juge-commissaire. Le tribunal de commerce de Bar-le-Duc, et après lui la Cour de Nancy, avaient vu dans l'article 443 la preuve qu'il est interdit aux faillis d'introduire en justice une action relative à l'administration de leurs biens; on ajoutait que, du reste, le failli peut toujours se plaindre d'une administration qui serait désastreuse pour ses intérêts, et qu'à cet égard il trouve dans les dispositions des art. 466 et 467 une garantie aussi complète qu'il peut le désirer. La Cour de cassation proclame que la Cour de Nancy a fait à la cause une juste application tant de l'art. 443 que des art. 466 et 467.

(2) La Cour de Montpellier a été saisie de la question de savoir si les

tions. La loi ne prononce même pour le juge-commissaire aucune exclusion, aucune incapacité, à raison de la parenté ou de l'alliance avec le failli, comme elle l'a fait par l'art. 463 à l'égard des syndics (1). Mais, si le tribunal nommait pour juge-commissaire d'une faillite un de ses membres qui serait parent ou allié du failli, il irait contre l'esprit de la loi : la loi n'a pas défendu une pareille nomination parce qu'elle n'a pas pensé qu'elle fût possible. Je ne crois pas non plus, en fait, qu'elle ait jamais lieu (2).

— Occupons-nous maintenant des attributions du juge-commissaire.

1° Le juge-commissaire a un certain ordre d'attributions qui lui sont conférées dans l'intérêt général, dans l'intérêt commun des créanciers et du failli tout à la fois. Les attributions dont je veux parler comprennent d'abord le droit et le devoir de surveiller les opérations de la faillite, la gestion des syndics, d'accélérer cette gestion et ces opérations (3). Du reste, si ordinai-

juges-suppléants du tribunal de commerce peuvent être nommés juges-commissaires aussi bien que les juges titulaires, et elle l'a résolue affirmativement par son arrêt du 28 juin 1850 (Dev.-Car., 50, 2, 443). En présence des termes dont se sert l'art. 451, le doute ne me paraît pas possible.

(1) Voici le texte même de cet art. 463 : « Aucun parent ou allié du failli, « jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne pourra être nommé syndic. »

(2) Si la loi commerciale s'est expliquée en ce qui concerne les syndics et non en ce qui concerne le juge-commissaire, c'est que pour ce dernier les principes généraux sur la récusation (C. de proc., art. 378 et suiv.) ont paru suffisants. Aussi la Cour de cassation, par un arrêt du 2 juillet 1855, a-t-elle déclaré applicable à la nomination du juge-commissaire l'art. 383 du Code de procédure, qui fixe le délai dans lequel peut être proposée la récusation contre les juges commis aux descentes, enquêtes et autres opérations. La Cour, partant de l'idée que le jugement qui nomme le juge-commissaire est rendu avec les syndics, en conclut que le syndic qui croit devoir récuser le juge-commissaire doit le faire dans les trois jours du jugement (Dev.-Car., 55, 1, 666). Comp. MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 411), et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1707).

(3) « Le juge-commissaire, dit le premier alinéa de l'art. 452, sera chargé « spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la « faillite. » Le Code de 1808 disait (art. 458, 2e alinéa) : « Il sera chargé « spécialement d'accélérer la confection du bilan, la convocation des créan-

rement il est de l'intérêt des créanciers et du failli qu'elles soient accélérées, il y a pourtant des cas où il serait préférable de les ralentir, comme, par exemple, lorsque les circonstances ne permettent pas de réaliser l'actif à de bonnes conditions, et qu'en différant, on peut espérer un meilleur résultat, un prix plus avantageux, ou bien lorsqu'il importe d'attendre la décision d'un procès pouvant influer notablement sur l'actif et sur le passif. Ce sont là des cas d'exception, dont le juge-commissaire devra sans doute tenir compte. Mais, en général, il est de l'intérêt de la masse que les opérations n'éprouvent pas de lenteurs; c'est pourquoi la loi a dit, dans l'art. 452, que le juge-commissaire était chargé de les accélérer.

2° De ce que le juge-commissaire est le surveillant de la faillite, il s'ensuit que, sous peine d'énerver et de rendre sans efficacité ce droit de surveillance, il fallait donner au juge-commissaire une certaine autorité sur les syndics : aussi l'a-t-on autorisé à provoquer, même d'office, leur révocation (1). De plus, on a voulu que le salaire des syndics fût fixé sur son rapport (2) : en effet, il est le témoin de leur gestion, et il peut mieux que personne proportionner la quotité du salaire aux services rendus.

3° Comme représentant du tribunal auprès de la faillite, le

« ciers, et de surveiller la gestion de la faillite, soit pendant la durée de la « gestion provisoire des agents, soit pendant celle de l'administration des « syndics provisoires ou définitifs. »

(1) Art. 467 : « Le juge-commissaire pourra, soit sur les réclamations à « lui adressées par le failli ou par des créanciers, soit même d'office, pro- « poser la révocation d'un ou plusieurs des syndics. — Si, dans les huit « jours, le juge-commissaire n'a pas fait droit aux réclamations qui lui ont « été adressées, ces réclamations peuvent être portées devant le tribunal. « — Le tribunal, en chambre du conseil, entendra le rapport du juge- « commissaire et les explications des syndics, et prononcera à l'audience « sur la révocation. » — L'ancien art. 495 se bornait à dire : « Si les créan- « ciers ont quelque motif de se plaindre des opérations des syndics, ils en « référeront au commissaire, qui statuera, s'il y a lieu, ou fera son rapport « au tribunal de commerce. »

(2) Voy. l'art. 462 *in fine* (ci-dessus, p. 90, note 2).

juge-commissaire est chargé de faire le rapport de toutes les contestations qui peuvent s'élever dans le cours des opérations de la faillite, et il peut même siéger comme juge de ces contestations (1).

(1) « Il fera au tribunal de commerce le rapport de toutes les contestations que la faillite pourra faire naître, et qui seront de la compétence de « ce tribunal » (art. 452, 2e alinéa).

Cette disposition a donné lieu à plusieurs difficultés. D'abord on s'est demandé si le juge-commissaire aurait un rapport à faire lors même qu'il estimerait que la contestation qui s'élève n'est pas de la compétence du tribunal de commerce, qu'elle doit être jugée par le tribunal civil. A cet égard, une distinction bien simple me paraît devoir être admise. En fait, la contestation va-t-elle être soumise au tribunal de commerce? alors il est dans le vœu de la loi que ce tribunal soit éclairé sur la décision qu'il doit rendre par un rapport du juge-commissaire, lequel, bien entendu, s'expliquera sur la question de compétence comme sur la question du fond. Toutes les fois, au contraire, qu'en fait la contestation est soumise d'abord à un autre tribunal, le juge-commissaire n'a point de rapport à faire à ce tribunal dont il n'est point membre. — Cette distinction, conforme à la nature des choses, résulte même de ce qui a été dit à la Chambre des députés dans la séance du 9 février 1835 (voy. MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 413, et Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 348). Si les rédacteurs de l'art. 452 ont parlé des *contestations qui sont de la compétence du tribunal de commerce*, c'est simplement pour les opposer aux contestations qui peuvent être tranchées par une ordonnance du juge-commissaire lui-même.

Le rapport du juge-commissaire est-il exigé par la loi, de telle sorte qu'il y aurait lieu d'annuler le jugement non précédé de ce rapport? La jurisprudence est divisée sur ce point. D'une part, la Cour de Rennes, dans un arrêt du 23 août 1847, dit, en parlant du rapport du juge-commissaire, « que cette formalité, prescrite par des motifs d'intérêt public tenant à l'administration de la justice, est substantielle, et que son inobservation doit, par conséquent, entraîner la nullité du jugement » (Dalloz, *Rec. pér.*, 49, 2, 111). Mais, d'autre part, la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 16 août 1854, dit « que le rapport dont le juge-commissaire est chargé par l'art. 452 du Code de commerce n'est pas prescrit à peine de nullité; qu'il n'est qu'une voie d'instruction, dont l'objet est de faciliter l'intelligence des contestations à juger, mais que de l'observation rigoureuse de ce mode d'examen ne dépend pas la validité du jugement à rendre » (Dalloz, *Rec. pér.*, 55, 5, 221). Les auteurs admettent, en général, que l'absence de rapport du juge-commissaire pourrait entraîner la nullité du jugement (voy. MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 413, et Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1708) : telle me paraît, en effet, avoir été l'intention du législateur. J'ajoute, à l'appui de cette doctrine, que l'art. 498 contient purement et simplement une ap-

4° Il y a une foule d'actes pour lesquels la loi ne pouvait

plication du principe posé dans notre art. 452, lorsqu'il dit que le tribunal de commerce jugera sur le rapport du juge-commissaire; or, pourrait-on sans violer bien positivement ce texte maintenir le jugement qui n'aurait pas été précédé d'un rapport? — En expliquant l'art. 514, nous rencontrerons une question analogue et pareillement controversée, la question de savoir si le jugement qui statue sur l'homologation du concordat doit, à peine de nullité, être précédé d'un rapport du juge-commissaire. L'affirmative, dans ce cas particulier, me paraît encore plus certaine.

Quelle est la nature, quel est le caractère du rapport dont nous parlons? Évidemment ce n'est point un rapport sur délibéré ou sur instruction par écrit. En conséquence, il n'y a point lieu d'appliquer ici l'art. 111 du Code de procédure : c'est après que le rapport aura été communiqué au tribunal que les plaidoiries, s'il y en a, pourront commencer, précisément comme cela se pratique en matière de reddition de compte (C. de proc., art. 539) et en matière de distribution par voie de contribution ou d'ordre (C. de proc., art. 668 et 762). Comp. M. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 414.

Ainsi que le dit M. Bravard, le juge-commissaire *peut* siéger comme juge des contestations dont il a fait le rapport. Ne faut-il pas aller plus loin? ne faut-il pas dire qu'il le *doit*, à peine de nullité du jugement auquel il n'aurait point pris part? La Cour de Montpellier, par son arrêt du 28 juin 1850, s'est prononcée en ce sens, dans l'hypothèse la moins favorable assurément, puisque le juge-commissaire était un simple suppléant et que le tribunal se trouvait déjà composé de trois titulaires. Voici les principaux *considérants* de cet arrêt :

« Attendu qu'il est de principe que, dans toute affaire jugée sur rapport, « la qualité de rapporteur donne à celui-ci voix délibérative au jugement; « que c'est là une condition substantielle et essentiellement inhérente aux « fonctions qu'il remplit; que son concours, avec voix délibérative, est in- « dispensable à la régularité du jugement; qu'en dehors de lui le tribunal « n'est pas complet, n'est pas constitué comme il doit l'être; que la déci- « sion qui intervient n'est pas valable;..... — Attendu qu'on objecte vai- « nement que, le tribunal étant composé de trois juges titulaires, et le « droit commun étant qu'un juge-suppléant ne peut siéger avec voix déli- « bérative qu'autant qu'un juge titulaire manque à l'audience et pour com- « pléter le nombre de trois, M. B. ne pouvait pas prendre part au juge- « ment; qu'une telle objection n'est pas sérieuse, puisque, par cela seul « que le juge-suppléant est rapporteur et que par suite il a voix délibéra- « tive et est assimilé au juge titulaire ordinaire relativement à la cause « dont il est rapporteur, il fait nécessairement partie intégrante du tribu- « nal, et qu'à ce titre, quel que soit le nombre des titulaires qui siégent, « le tribunal n'est pas complet sans lui, sans le concours de sa voix délibé- « rative » (Dev.-Car., 50, 2, 443).

On le voit, en définitive, la Cour de Montpellier s'appuie uniquement sur cette proposition : *Il est de principe que, dans toute affaire jugée sur rap-*

pas s'en rapporter aux syndics seuls, et pour lesquels, en conséquence, elle a exigé l'autorisation du juge-commissaire. Telle est la vente des objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciа-

port, le rapporteur doit avoir voix délibérative au jugement. Ce principe, il est vrai, ne se trouve point écrit formellement dans la loi; mais il est raisonnable et conforme à la pensée du législateur : car évidemment personne n'est mieux préparé que le juge-commissaire pour bien juger la contestation. Aussi voyons-nous la Cour de cassation, qui, en présence de l'art. 63 de la loi du 22 frimaire an VII, décide que le rapport, dans les affaires d'enregistrement, ne peut être fait par un juge-suppléant qu'à défaut de juge titulaire, admettre, en même temps, que le rapporteur doit nécessairement concourir au jugement en qualité de juge. Voy. notamment les arrêts du 8 novembre 1836 et du 8 août 1860 (Dev.-Car., 37, 1, 331; 60, 1, 1003). Et la Commission du Corps législatif, chargée d'examiner le projet qui est devenu la loi du 21 mai 1858, s'exprimait ainsi (sur le nouvel art. 761 du Code de procédure) : « Le jugement sera rendu sur le rapport « du commissaire, qui aurait nécessairement voix délibérative, encore qu'il « ne fût que juge-suppléant et que le tribunal fût au complet sans son con« cours. » — Je tiens donc pour bien rendu l'arrêt de la Cour de Montpellier. Telle est aussi l'opinion de M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, nos 152 et 153). Quant à M. Renouard, il admet bien que le juge-commissaire peut et doit concourir au jugement de l'affaire dont il a fait le rapport; mais il n'ose pas aller jusqu'à dire que sa non-participation au jugement entraîne une nullité (*op. cit.*, t. I, p. 414). Dans la pratique du tribunal de commerce de la Seine, le juge-commissaire ne prend point part au jugement.

Si l'on admet avec nous que le juge-commissaire peut et doit participer au jugement, ne faudra-t-il pas du moins faire exception pour le cas où il s'agit d'un jugement à rendre aux termes de l'art. 453, lorsqu'un recours est exercé contre une ordonnance du juge-commissaire? En cette matière, le principe de la loi de 1838 est que l'ordonnance du juge-commissaire ne peut pas être attaquée par-devant le tribunal de commerce; mais, dans un certain nombre d'articles (art. 466, 474, 530 et 567), la loi, dérogeant à son principe, a expressément réservé le droit de recourir au tribunal, et alors on se demande si même ici le juge-commissaire de qui l'ordonnance est mise en question peut et doit siéger comme membre du tribunal. J'admets sans hésiter l'affirmative. La loi n'a point distingué entre le jugement dont il s'agit et les autres jugements qui statuent sur les contestations auxquelles peut donner lieu la faillite; et, en effet, il serait téméraire de prétendre que le juge-commissaire va venir siéger au tribunal avec un parti pris que rien ne pourra lui faire abandonner. J'ajoute qu'en matière de distribution par contribution et d'ordre, lorsque le règlement provisoire arrêté par le juge-commissaire est soumis au tribunal, le juge-commissaire prend très-bien part au jugement; n'y a-t-il pas la plus grande analogie entre ce règlement provisoire et l'ordonnance qui peut avoir été rendue en matière

tion imminente, ou dispendieux à conserver (1). La transaction,

de faillite? — Les auteurs sont partagés sur la question. Suivant M. Bédarride, « il serait monstrueux que le juge du premier ressort fût chargé de « juger en appel le mérite de ses propres décisions : la morale, l'équité, la « loi repoussent une pareille faculté, que la convenance seule porterait le « juge à répudier » (*op. cit.*, t. I, n° 245). Je crois qu'il y a là un peu de déclamation. Du reste, l'opinion de M. Bédarride est partagée par M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 354). M. Renouard fait remarquer avec raison qu'en réalité le juge-commissaire n'est point un juge de premier degré, subordonné à la juridiction supérieure du tribunal de commerce comme le juge de paix l'est à celle du tribunal civil : il a rendu ses ordonnances comme délégué du tribunal. Suivant M. Renouard, le juge - commissaire peut valablement prendre part ou au contraire rester étranger au jugement (*op. cit.*, t. I, p. 415 et 416). Je crois qu'il pourrait y avoir de graves inconvénients à laisser ainsi la question purement et simplement à la discrétion du juge-commissaire.

(1) L'ancien art. 464, 1er alinéa, disait déjà : « Les agents feront retirer et « vendre les denrées et marchandises sujettes à dépérissement prochain, « après avoir exposé leurs motifs au commissaire et obtenu son autorisa- « tion. » Cette disposition est complétée dans le nouvel art. 470, qui s'exprime ainsi : « La vente des objets sujets à dépérissement ou à dépré- « ciation imminente, ou dispendieux à conserver, et l'exploitation du fonds « de commerce, auront lieu à la diligence des syndics, sur l'autorisation du « juge-commissaire. »

Pour arriver à la vente des objets dont il s'agit, il faut une double autorisation du juge-commissaire. En effet, il a dû d'abord autoriser les syndics à ne point faire placer ces objets sous les scellés ou à les en faire extraire (voy. l'art. 469). Maintenant, en autorisant les syndics à vendre, le juge-commissaire leur indiquera la forme dans laquelle il sera procédé à cette vente : pourra-t-elle avoir lieu à l'amiable, ou devra-t-elle être faite aux enchères publiques? La loi n'a rien statué à cet égard : elle s'en est rapportée à la sagesse du juge-commissaire. Il faut donc appliquer ici par analogie l'art. 486.

La question de savoir s'il convient de continuer l'exploitation du fonds de commerce (ou de l'usine) du failli est réglée par la loi, comme la question de savoir s'il convient de vendre immédiatement certains objets du failli. Le juge-commissaire peut, sur la demande des syndics, les autoriser à ne point faire placer sous les scellés ou à en faire extraire les objets servant à l'exploitation du fonds de commerce, lorsque cette exploitation ne pourrait être interrompue sans préjudice pour les créanciers (art. 469); il les autorise ensuite à continuer cette exploitation d'après certaines règles qu'il leur trace.

L'*autorisation* que donne le juge-commissaire dans les différents cas qui viennent d'être indiqués ne rentre pas dans les *ordonnances* dont parle l'art. 453. Aussi M. Tripier a-t-il dit avec raison, dans son premier rapport

en raison de la difficulté qu'il y a souvent à reconnaître si elle est utile ou non, a été aussi rangée parmi les actes dont il s'agit (1).

5° C'est au juge-commissaire qu'il appartient de décider s'il y aura ou non une convocation de créanciers; et, quand il a décidé qu'il y en aurait une, c'est le greffier qui est chargé de la faire (art. 504). Il faut rectifier en ce sens d'autres articles, notamment l'art. 462, 2e alinéa (2), qui dans leurs termes ne font pas la distinction dont il s'agit. Ils semblent supposer que c'est le juge-commissaire lui-même qui fait les convocations; en réalité, il se borne à les prescrire, mais c'est le greffier qui les fait. La loi a même, dans les art. 504 *in fine*, 492 et 493, indiqué comment se feraient les convocations. Elle a voulu qu'elles se fissent de deux manières, par lettres missives pour les créanciers connus, et, pour tous indistinctement, par insertion dans les journaux.

6° Enfin, c'est le juge-commissaire qui préside toutes les

à la Chambre des pairs, que le failli et les créanciers pourraient former opposition devant le tribunal à ce que l'exploitation du fonds de commerce soit continuée; et je leur permettrais également de former opposition à ce qu'il soit procédé à la vente de tels ou tels objets, que les syndics et le juge-commissaire ont peut-être eu tort de considérer comme sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou comme dispendieux à conserver.

(1) Art. 487. « Les syndics pourront, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers. — Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou qui excède 300 francs, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, savoir : par le tribunal de commerce, pour les transactions relatives à des droits mobiliers, et par le tribunal civil, pour les transactions relatives à des droits immobiliers. — Le failli sera appelé à l'homologation; il aura, dans tous les cas, la faculté de s'y opposer. Son opposition suffira pour empêcher la transaction, si elle a pour objet des biens immobiliers. »

Le Code de 1808 ne contenait rien de semblable à cette disposition; et il y avait dans la doctrine et dans la jurisprudence la plus grande incertitude sur le point de savoir si les syndics avaient ou non le pouvoir de transiger.

(2) Voy., ci-dessus, p. 83, note 4. A cet art. 462, 2e alinéa, on peut ajouter l'art. 536.

assemblées de créanciers, comme cela est dit notamment dans l'art. 505 pour la plus importante de ces assemblées, celle où se délibère le concordat; et il constate par un procès-verbal les décisions prises dans l'assemblée (1).

— Le juge-commissaire a un autre ordre d'attributions, des attributions qui lui sont conférées plus spécialement dans l'intérêt du failli. Elles se réduisent à deux :

1° Aux termes de l'art. 472, 1er alinéa, il peut proposer, même d'office, un sauf-conduit pour le failli qui aurait été mis en état d'arrestation soit avant le jugement déclaratif, soit en vertu de ce jugement;

2° Aux termes de l'art. 474, il fixe la quotité du secours à accorder au failli dès le début de la faillite (2). Nous verrons que, pour convertir ce secours provisoire en secours définitif, on suit une autre marche (art. 530).

— Le juge-commissaire a un troisième ordre d'attributions. Ce sont des attributions dont il est investi dans l'intérêt de la vindicte publique, et aussi pour éclairer les créanciers sur la faveur ou la rigueur avec laquelle ils doivent traiter le failli. Il est autorisé, aux termes de l'art. 477, à faire une enquête sur les causes et circonstances de la faillite et sur les caractères qu'elle présente. De plus (art. 482), il doit se faire remettre par les syndics un mémoire indiquant les principales causes et circonstances de la faillite et les caractères qu'elle paraît avoir; il transmet immédiatement ce mémoire, avec ses observations, au procureur impérial.

Voilà un aperçu à peu près complet des attributions du juge-commissaire.

Maintenant, voyons quelle idée il faut se faire de cette insti-

(1) « Le juge-commissaire, dit l'art. 506 *in fine*, dressera procès-verbal « de ce qui aura été dit et décidé dans l'assemblée. »

(2) Art. 474. « Le failli pourra obtenir, pour lui et sa famille, sur l'actif « de sa faillite, des secours alimentaires, qui seront fixés, sur la proposition « des syndics, par le juge-commissaire, sauf appel au tribunal en cas de « contestation. »

tution (1). C'est une création des rédacteurs du Code de commerce, et une création heureuse. Cependant, elle n'a pas produit dans la pratique tout le bien qu'on pouvait en attendre, elle n'a pas justifié toutes les espérances qu'on en avait conçues; et la raison en est simple :

D'abord le nombre des juges de commerce n'est pas en rapport avec celui des faillites. A Paris, notamment, chaque membre du tribunal a vingt ou trente faillites à surveiller, et l'on comprend que cette surveillance répartie entre un si grand nombre de faillites est peu efficace pour chacune d'elles en particulier. Elle l'est d'autant moins que les fonctions judiciaires dont sont investis les juges de commerce leur prennent beaucoup de temps, et le peu qui leur en reste est encore absorbé par les soins qu'exigent leurs affaires personnelles et commerciales. En 1838, bien loin d'avoir remédié à ces inconvénients, on les a plutôt aggravés en donnant aux juges-commissaires une indépendance, une omnipotence, dont ils n'avaient pas joui jusque-là. En effet, sous l'empire du Code de commerce, on pouvait se pourvoir devant le tribunal de commerce contre les ordonnances du juge-commissaire, puis appeler des jugements qui étaient rendus sur ce recours. Aujourd'hui (2), d'après le nouvel art. 453, on ne peut exercer de recours contre les ordonnances du juge-commissaire que dans les cas où ce recours a été réservé par la loi, et les jugements qui en sont la suite ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation (art. 583-5°).

D'un autre côté, sous l'empire du Code, les jugements mêmes portant nomination ou remplacement d'un juge-commissaire étaient susceptibles d'opposition ou d'appel, car aucun texte ne les en avait affranchis, tandis qu'aujourd'hui ils ne peuvent être attaqués par aucune voie (art. 583-1°).

Enfin, il faut le dire, en 1838, on ne s'est pas contenté d'af-

(1) Comp., ci-dessus, p. 95, note 1.
(2) Voy., ci-dessus, p. 103, note.

franchir le juge-commissaire de tout contrôle, au moins indirect, qui pouvait être exercé sur lui par les créanciers; on a fait plus, on l'a affranchi de toute responsabilité légale pour inaccomplissement des devoirs qui lui sont imposés, et il en est résulté que des formalités pour l'observation desquelles on s'en est rapporté à sa vigilance, ou ne sont pas remplies, ou ne le sont qu'incomplétement ou tardivement, et rien n'a plus contribué à empêcher la nouvelle loi de produire les bons résultats qu'on était en droit d'en attendre.

Le jugement déclaratif doit prescrire une autre mesure qui a un caractère éminemment conservatoire, et qui est commandée par la situation respective où se trouvent après le jugement déclaratif le failli et ses créanciers. En effet, le failli est dessaisi de droit de l'administration de ses biens (1); mais, si on le laisse libre, il restera en possession de fait, jusqu'à ce que les syndics nommés par le jugement déclaratif aient pu faire constater l'actif, se le faire remettre et le prendre sous leur responsabilité, ce qui exige un certain temps. Or, dans cette situation, il est à craindre que le failli, qui reste dans son domicile, où les syndics ne peuvent pas être en permanence et le garder à vue en quelque sorte, n'abuse des facilités qu'il a pour donner en paiement des objets mobiliers à certains créanciers, pour commettre des détournements à son profit, et surtout pour faire disparaître les pièces qui l'incriminent, qui pourraient motiver contre lui des poursuites en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse. Le seul moyen de prévenir ce genre d'abus, c'est de placer provisoirement et immédiatement tout l'actif sous les scellés. La nécessité de cette mesure est plus frappante, s'il est possible, lorsque le failli est mis, comme il devait toujours l'être sous l'empire de l'ancien texte, en état d'arrestation (2) : car alors l'actif, dont les syndics ne sont pas encore

(1) Voy. l'art. 443, 1er alinéa, et, ci-dessus, p. 67 et suiv.

(2) Comp. l'art. 455 du Code de 1808 avec les art. 455-456 de la loi nouvelle.

responsables, est en quelque sorte dépourvu de tout surveillant, abandonné de fait. Aussi, le 1er alinéa de l'art. 457 veut-il que le greffier du tribunal de commerce adresse immédiatement avis au juge de paix de la disposition du jugement déclaratif qui aura ordonné l'apposition des scellés; et, de son côté, le juge de paix doit apposer sur-le-champ les scellés, et en donner avis sans délai au président du tribunal de commerce (art. 458, 3e alinéa.

Voilà quant au principe de la mesure. Du reste, en 1838, on a fait à l'ancien texte un changement qui, rationnel en lui-même, a eu dans la pratique des résultats fâcheux par suite de la manière dont on applique la disposition nouvelle. Le jugement déclaratif doit bien toujours ordonner l'apposition des scellés (art. 455, 1er alinéa). Mais ils ne seront pas toujours apposés : car, aux termes de l'art. 455, second alinéa, le juge-commissaire pourra se dispenser de les faire apposer, s'il estime que l'inventaire peut être dressé en un seul jour. En effet, l'apposition des scellés n'a pour but que de ménager la transition du jugement déclaratif à la prise de possession effective par les syndics, prise de possession qui suit la confection de l'inventaire (art. 484). Après l'inventaire, l'actif est remis aux syndics, qui s'en chargent par une déclaration au bas de l'inventaire. Or, si l'on peut commencer l'inventaire et le terminer en un seul jour, à quoi bon apposer des scellés? Cette apposition est évidemment sans objet; on fait donc bien d'en dispenser la faillite. Voilà pourquoi le 2e alinéa de l'art. 455 dit : « Si le « juge-commissaire estime que l'actif du failli peut être inven- « torié en un seul jour, il ne sera point apposé de scellés, et il « devra être immédiatement procédé à l'inventaire » (1).

Cette disposition est fort rationnelle. Mais voici l'abus qui en

(1) On n'avait rien admis de semblable dans le Code de 1808. On s'était borné à dire (art. 449) : « Dès que le tribunal de commerce aura connais- « sance de la faillite, soit par la déclaration du failli, soit par la requête de « quelque créancier, soit par la notoriété publique, il ordonnera l'apposi- « tion des scellés. »

est résulté : Le juge-commissaire, qui ne peut voir par ses yeux et vérifier lui-même l'état des choses, est réduit à s'en rapporter à la déclaration des syndics et du failli, qui sont toujours disposés à prétendre que l'actif peut être inventorié en un seul jour. Et le juge-commissaire rend une ordonnance conforme à cette déclaration (1). De là vient que (comme plusieurs fois les présidents du tribunal de commerce s'en sont plaints), dans des faillites où le juge-commissaire a rendu une ordonnance dispensant de l'apposition des scellés, l'inventaire n'est déposé au greffe que huit jours, quinze jours, un mois même après la date de l'ordonnance (2). Il y aurait cependant un moyen bien simple de tout concilier, et je regrette qu'on ne l'emploie pas; ce serait que le juge-commissaire ajoutât au bas de son ordonnance que, si l'inventaire n'était pas terminé dans le jour, le juge de paix, qui doit assister à l'inventaire, procéderait à l'apposition des scellés (3).

(1) Aux termes de l'art. 453, il n'est même pas possible d'exercer un recours contre l'ordonnance dont il s'agit. Voy. MM. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 173), et Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 361).

(2) La Cour de cassation a jugé, le 13 février 1855, qu'il n'y a point là une cause de nullité de l'inventaire et de ce qui a suivi, spécialement du concordat. « Il ne suffit pas, dit la Cour, que la prévision du juge-commissaire ait été trompée par l'événement, alors qu'aucun fait de détournement n'est établi, pour entacher sa dispense d'irrégularité, et moins encore d'une nullité qui n'est pas écrite dans la loi. On ne saurait placer l'observation de l'art. 455 sous la sanction des art. 507 et 515, qui appartiennent l'un et l'autre à la Section 2 du Chap. VI, et ne se réfèrent pas aux premiers actes de la faillite régis par le Chapitre III » (Dev.-Car., 55, 1, 357). Comp. M. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 421).

(3) Si le moyen qu'indique M. Bravard n'est pas employé dans la pratique, c'est que la pratique considère l'art. 480, en tant qu'il exige la présence du juge de paix à la confection de l'inventaire, comme n'étant point applicable au cas où les scellés n'ont pas été apposés. Nous rechercherons dans un instant si cette interprétation de l'art. 480 doit être admise.

— Bien que la loi ne mentionne qu'un seul cas où le juge-commissaire peut ordonner que les scellés ne seront pas apposés, il semble raisonnable d'en ajouter un autre : c'est le cas où les meubles et marchandises appartenant au débiteur auraient été saisis par quelqu'un de ses créanciers avant le jugement déclaratif de faillite. En effet, dans ce dernier cas, le procès-verbal détaillé qu'a dû dresser l'huissier (C. de proc., art. 588 et suiv.) et

Quoi qu'il en soit, il résulte déjà de ce que je viens de dire qu'ici on s'est conformé au droit commun pour l'apposition des scellés : car c'est le juge de paix que la loi charge en général de les apposer (1). Au contraire, pour la confection de l'inventaire, on s'est écarté du droit commun : car, en droit commun, ce sont les notaires qui dressent les inventaires (2), tandis qu'en matière de faillites ce sont les syndics, en présence du juge de paix (3).

l'existence du gardien qu'il a dû établir (C. de proc., art. 596 et suiv.) garantissent suffisamment que des détournements n'auront pas lieu. Voy., en ce sens, MM. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 172) et Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 360).

(1) Voy., au Code de procédure, l'art. 591 combiné avec l'art. 587, et les art. 907 et suiv.

(2) Voy. notamment l'art. 943 du Code de procédure.

(3) Cette règle était déjà posée dans le Code de 1808, dont les art. 486 et 487 étaient ainsi conçus : « Aussitôt après leur nomination, les syndics « provisoires requerront la levée des scellés et procéderont à l'inventaire « des biens du failli. Ils seront libres de se faire aider, pour l'estimation, « par qui ils jugeront convenable. Conformément à l'art. 937 du Code de « procédure civile, cet inventaire se fera par les syndics à mesure que les « scellés seront levés, et le juge de paix y assistera, et le signera à chaque « vacation. — Le failli sera présent, ou dûment appelé, à la levée des scellés « et aux opérations de l'inventaire. »

Voici maintenant le texte des articles qu'on a substitués à ceux-là en 1838 :

Art. 479. « Dans les trois jours, les syndics requerront la levée des « scellés, et procéderont à l'inventaire des biens du failli, lequel sera pré- « sent ou dûment appelé. »

Art. 480. « L'inventaire sera dressé en double minute par les syndics, « à mesure que les scellés seront levés, et en présence du juge de paix, « qui le signera à chaque vacation. L'une de ces minutes sera déposée au « greffe du tribunal de commerce, dans les vingt-quatre heures; l'autre « restera entre les mains des syndics. Les syndics seront libres de se faire « aider, pour sa rédaction comme pour l'estimation des objets, par qui ils « jugeront convenable. Il sera fait récolement des objets qui, conformé- « ment à l'art. 469, n'auraient pas été mis sous les scellés et auraient déjà « été inventoriés et prisés. »

A propos de ces dispositions, j'examinerai ici deux questions fort importantes :

1° Quels sont précisément les syndics qui ont qualité pour requérir la levée des scellés et pour procéder à l'inventaire? Sous l'empire du Code

Sur quoi les scellés seront-ils apposés ? Sur tout l'actif mobilier; car tout ce qui est mobilier peut être détourné. Il y a cependant des objets, comme les livres, par exemple, dont on a besoin

de 1808, il n'y avait à cet égard aucune difficulté : l'art. 486 confiait expressément le soin dont il s'agit, non pas aux agents nommés par le jugement déclaratif, mais aux syndics provisoires qui remplaçaient ces agents au bout d'un temps assez court. Aujourd'hui on peut se demander si les art. 479 et 480 ont voulu parler des syndics provisoires nommés par le jugement déclaratif ou des syndics définitifs qui leur succèdent. Dans la pratique, à Paris du moins, ce sont les syndics provisoires qui requièrent la levée des scellés et qui procèdent à l'inventaire. Cette pratique est conforme à l'opinion de la plupart des auteurs : voy. MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.) et Bédarride (*op. cit.*, t. I, no 335). Je la trouve également consacrée dans un arrêt de la Cour de Bourges, du 14 janvier 1862, dont voici les principaux *considérants :*

« Considérant que, pour refuser au syndic provisoire de la faillite P. le « droit de requérir la levée des scellés, le premier juge s'est fondé sur ce « motif que la disposition de l'art. 486 de l'ancien Code n'a pas été repro- « duite par la loi du 28 mai 1838; qu'il se fonde en même temps sur la « position relative de l'art. 479 et sur l'intérêt des créanciers; — Considé- « rant que, sous l'ancien Code, l'administration de la faillite étant confiée « successivement à des agents, à des syndics provisoires et à des syndics « définitifs, la loi a dû spécifier les droits qu'elle conférait aux syndics « provisoires à l'exclusion des agents; que, sous la loi de 1838, les fonc- « tions des syndics sont comprises dans un même Chapitre, sans que la loi « distingue entre les syndics provisoires et les syndics définitifs; qu'aux « termes de l'art. 468, si l'apposition des scellés n'avait point eu lieu avant « la nomination des syndics, ils requerront le juge de paix d'y procéder, « ce qui évidemment doit s'entendre des syndics provisoires; qu'ainsi la « Section 1re du Chapitre v leur est applicable, et que la Section 2 *De la « levée des scellés et de l'inventaire* leur est applicable également; — Que « vainement l'ordonnance suppose que, dans le cas de l'art. 479, le syndic « provisoire doit être considéré comme remplacé au moment où peut être « requise la levée des scellés; que l'article ne distingue pas quant à la « qualité des syndics; que la levée des scellés doit être requise dans les « trois jours, lesquels courent à partir de la nomination des syndics si les « scellés ont été apposés avant leur nomination, ou de l'apposition des « scellés si cette apposition a eu lieu conformément à l'art 468; — Que, « la nomination des syndics définitifs pouvant être retardée pendant « quinze jours (art. 462), il résulterait du système adopté par le premier « juge que la levée des scellés elle-même pourrait être retardée pendant « quinze jours et même dix-huit jours.....; que l'intention de la loi, mani- « festée par la discussion, est, au contraire, que l'on opère avec la plus « grande célérité, le lendemain même de l'apposition des scellés, si cela

à chaque instant, qu'on ne placera pas sous les scellés; mais on aura soin de constater l'état dans lequel ils se trouvent (1). Les

« est possible, et dans le délai de trois jours au plus tard; — Considérant « que l'intérêt des créanciers peut exiger que la levée des scellés et par « suite l'inventaire aient lieu même avant la nomination des syndics défi- « nitifs; que le syndic provisoire nommé par le tribunal est investi d'un « caractère légal, et doit jouir de la confiance des créanciers jusqu'à rem- « placement... » (Dev.-Car., 62, 2, 282).

2° Le juge de paix doit-il toujours être présent à la confection de l'inventaire? Les art. 479 et 480, qui exigent sa présence, supposent que les scellés avaient d'abord été apposés : ne faut-il pas en conclure que, dans le cas exceptionnel où le juge-commissaire aurait dispensé de l'apposition des scellés, les syndics n'ont pas besoin de la présence du juge de paix pour procéder à l'inventaire? La pratique est en ce sens, du moins à Paris. Mais telle ne me paraît pas avoir été l'intention du législateur. Quand le législateur suppose, dans les art. 479 et 480, que les scellés ont été apposés, il statue *de eo quod plerumque fit* : car incontestablement l'apposition des scellés est le droit commun en matière de faillite; il n'a point voulu faire de l'apposition des scellés une condition nécessaire pour qu'on dût exiger la présence du juge de paix à l'inventaire. Ne serait-il pas véritablement bizarre, surtout quand le tribunal, à raison du peu d'importance de l'actif du failli, n'a nommé qu'un seul syndic, que ce syndic pût procéder sans aucun contrôle, sans fournir aux créanciers d'autre garantie que celle qu'implique le choix du tribunal, à la constatation authentique des valeurs dont lui-même est nanti? Les termes de la loi ne sont point assez formels pour qu'il me paraisse possible d'admettre un pareil résultat. Je trouve, d'ailleurs, à l'appui de mon opinion, un argument décisif dans l'art. 469. En effet, cet article, supposant que le juge-commissaire autorise les syndics à ne pas faire placer sous les scellés ou à en faire extraire certains objets, ajoute que lesdits objets seront de suite inventoriés avec prisée par les syndics, *en présence du juge de paix, qui signera le procès-verbal* : n'est-ce pas la preuve qu'en matière de faillite il n'y a jamais d'inventaire régulier que celui qui est fait par les syndics en présence du juge de paix? — La question est pourtant controversée entre les auteurs : tandis que M. Renouard approuve le système de la pratique (*op. cit.*, t. I, p. 422), M. Dalloz le combat avec énergie (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 461).

(1) Ce que dit ici M. Bravard n'est pas absolument d'accord avec le texte de la loi. Voici, en effet, comment s'exprime le 1er alinéa de l'art. 458 : « Les scellés seront apposés sur les magasins, comptoirs, caisses, porte- « feuilles, livres, papiers, meubles et effets du failli. » Seulement, l'art. 471 ajoute : « Les livres seront extraits des scellés, et remis par le juge de paix « aux syndics, après avoir été arrêtés par lui; il constatera sommairement, « par son procès-verbal, l'état dans lequel ils se trouveront... » — Du reste, si les syndics sont déjà en fonctions au moment où le juge de

objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente et autres objets compris dans l'art. 469, notamment ceux qui servent à l'exploitation du commerce du failli (1), ne seront pas non plus mis sous les scellés, mais on les inventoriera immédiatement; ce sera l'objet d'un procès-verbal que dresseront les syndics et que signera le juge de paix (2).

Je n'ai plus qu'un dernier point à expliquer en ce qui concerne l'apposition des scellés. Ne pourront-ils jamais être apposés avant le jugement déclaratif? Si le juge de paix était informé qu'un commerçant n'inspire plus confiance à personne et qu'il a perdu tout crédit, qu'il détourne son actif pour le soustraire à ses créanciers, ne devrait-il pas apposer les scellés sans attendre que le jugement déclaratif fût rendu? Oui; et le 2e alinéa de l'art. 457 l'y autorise. Il en serait de même si le juge de paix était informé que le commerçant, pour se soustraire aux poursuites soit des créanciers, soit du ministère public, a disparu : il ne devrait pas attendre pour apposer les scellés que le jugement déclaratif de faillite fût rendu; c'est ce que porte encore l'art. 457. — Mais l'ancien texte du Code (art. 450) autorisait le juge de paix à apposer les scellés d'après la notoriété publique, et il s'était rencontré des juges de paix qui, abusant de la latitude que leur laissaient ces expressions vagues, *notoriété publique*, avaient apposé les scellés dans des cas qui ne le comportaient pas. Pour empêcher qu'il n'en pût être ainsi à l'avenir, on a dit, dans le 2e alinéa de l'art. 457, en termes on ne peut plus restrictifs : « Le juge de paix pourra, même avant le jugement déclaratif, « apposer les scellés, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou « de plusieurs créanciers, mais seulement dans le cas de dispa-

paix appose les scellés, il est clair qu'immédiatement il leur remettra les livres.

(1) En supposant, bien entendu, que le juge-commissaire a autorisé les syndics à continuer l'exploitation.

(2) Lorsque le juge-commissaire autorise la délivrance des vêtements, hardes, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille, il s'ensuit que ces objets ne sont pas placés sous les scellés, ou qu'ils en sont extraits; mais il n'y a pas lieu de les inventorier.

« rition du débiteur, ou de détournement de tout ou partie de « son actif. » Hors ces deux cas, il ne pourra donc pas apposer les scellés avant le jugement déclaratif, quand même il en serait requis par un ou plusieurs créanciers (1).

Par le jugement déclaratif le tribunal doit prescrire une autre mesure, qui est corrélative à l'apposition des scellés, mais qui en diffère en ce qu'elle concerne la personne : je veux parler de l'arrestation du failli (2). Cette arrestation a un double objet, elle est prescrite dans un double intérêt :

1° Elle est prescrite dans l'intérêt de la vindicte publique, afin d'empêcher le failli de se soustraire par la fuite aux peines qu'il peut avoir encourues par son inconduite ou par ses fraudes. Voilà pourquoi le greffier du tribunal de commerce est tenu, aux termes de l'art. 459, de donner avis au procureur impérial, dans les vingt-quatre heures, des jugements déclaratifs de faillite, et même de lui en transmettre un extrait en mentionnant les principales indications et dispositions. Voilà pourquoi encore la disposition ordonnant l'arrestation du failli sera exécutée à la diligence du ministère public (3).

Mais 2° cette mesure est prescrite aussi dans un autre intérêt : elle est prescrite pour empêcher le failli, par sa fuite ou par sa

(1) Lorsque, sur la réquisition d'un créancier, le juge de paix refuse d'apposer les scellés, le créancier n'a d'autre ressource que de solliciter du tribunal la déclaration de faillite.

(2) « Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal ordonnera « l'apposition des scellés, et le dépôt de la personne du failli dans la maison « d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police « ou de justice ou par un gendarme » (art. 455, 1er alinéa).

Suivant M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 174), « la garde de la personne par « un officier de police ou de justice ou par un gendarme ne produit aucun « effet utile; elle n'est que l'occasion d'une dépense qu'on aurait pu « éviter. » Cette critique ne me paraît pas être parfaitement fondée.

(3) « Les dispositions qui ordonneront le dépôt de la personne du failli « dans une maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne, seront « exécutées à la diligence, soit du ministère public, soit des syndics de la « faillite » (art. 460).

disparition, de priver ses créanciers des renseignements qu'il leur doit, et même de sa collaboration si les syndics jugent à propos de l'employer pour les aider à liquider la faillite. Voilà pourquoi l'arrestation peut être effectuée non-seulement à la diligence du ministère public, mais encore à la requête des syndics, point sur lequel il s'élevait des doutes sous l'empire de l'ancien texte qui ne s'était pas expliqué à cet égard (1).

(1) La Cour de Toulouse avait jugé, par un arrêt du 15 juin 1836, que la disposition du jugement déclaratif ordonnant le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt ne pouvait pas être exécutée à la requête des agents ou des syndics, mais seulement à la diligence du ministère public ou du juge-commissaire (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 376).

La règle posée dans l'art. 460 a donné lieu à un avis du Conseil d'Etat du 5 août 1840, approuvé dans une circulaire du ministre de la justice du 1er octobre suivant. En voici le texte :

« Le comité de législation.....,

« Considérant que l'art. 460, en confiant l'exécution du jugement qui « aura ordonné l'incarcération du failli, soit au ministère public, soit aux « syndics, a introduit un droit nouveau qu'on ne doit pas laisser sans « effet; — Que l'intention de la loi ne peut avoir été de prescrire dans tous « les cas l'incarcération du failli, ce qui serait souvent inutile et quelque- « fois nuisible ou même injuste; mais qu'elle a voulu donner au ministère « public le droit d'agir lorsque les syndics n'agiraient pas et que pourtant « l'incarcération du failli lui paraîtrait utile et juste; — Que ce droit n'a « pas été confié au ministère public dans le seul intérêt privé des créan- « ciers, mais encore dans l'intérêt public, pour intimider par de justes « sévérités les commerçants de mauvaise foi et déjouer les calculs fondés sur l'intérêt ou la faiblesse des créanciers;

« Considérant que les art. 460 et 461 ne chargent nullement le ministère « public qui fait incarcérer le failli de pourvoir à ses aliments; que l'on est « à cet égard resté dans le droit commun, le ministère public n'ayant à « s'occuper que sous le rapport moral et judiciaire de l'action qui lui est « confiée, et l'Etat pourvoyant lui-même aux aliments de ceux que le mi- « nistère public a fait incarcérer dans un intérêt général, sauf répétition de « ses avances s'il y a lieu; — Que, s'il en était autrement, si, par exemple, « dans l'hypothèse prévue, l'action du ministère public était subordonnée à « la vérification à faire de l'insuffisance des fonds de la faillite et du « bon vouloir du juge-commissaire, cette action serait le plus souvent « illusoire.....

« Est d'avis :

« 1° Que l'art. 460 du Code de commerce doit être entendu en ce sens « que le ministère public n'est pas tenu de requérir, dans tous les cas,

La nouvelle loi a modifié l'ancien texte sur un autre point qui a une véritable importance. Les rédacteurs du Code avaient pensé que tout failli devait être, dès que sa faillite était déclarée, mis provisoirement en état d'arrestation, et ils avaient prescrit cette mesure d'une manière absolue (1). C'était pousser la rigueur trop loin, et manquer jusqu'à un certain point d'équité : car c'était mettre sur la même ligne le failli que des circonstances malheureuses ont réduit à cesser ses paiements et celui qui est tombé dans cet état par suite de son inconduite, celui qui avait déclaré la cessation de ses paiements et celui qui avait tout fait pour la dissimuler et pour empêcher qu'elle ne fût rendue publique. Enfin, c'était confondre l'honnête homme et le

« l'incarcération du failli, mais qu'il en a le droit suivant les circonstances, « lors même que les syndics ne la demandent pas;

« 2° Que cette incarcération, faite dans l'intérêt public aussi bien que dans « l'intérêt des créanciers, ne doit pas être précédée d'une consignation « d'aliments; que l'Etat doit faire l'avance des aliments pour tout le temps « durant lequel la détention sera maintenue par le ministère public, non « pas en se les consignant à lui-même, mais en les fournissant en nature au « détenu, sauf son recours contre la faillite dès qu'elle aura des fonds dis- « ponibles conformément à l'art. 461. »

(1) Dans les délibérations du Conseil d'Etat, l'empereur s'était prononcé avec une grande énergie en faveur de ce système rigoureux. Voici notamment quelques-unes des observations qu'il présenta, dans la séance du 28 juillet 1807 : « Quand un négociant fait perdre ses créanciers, il y a « une présomption de banqueroute qui justifie la sévérité des premières « mesures... Si un examen ultérieur dissipe cette présomption, on fera « justice à celui qu'elle atteint, et on donnera à l'affaire un titre moins « odieux et moins grave... Pourquoi en userait-on autrement pour la « faillite que pour beaucoup d'autres sortes d'affaires? Par exemple, un « capitaine qui perd son vaisseau, fût-ce par un naufrage, se rend d'abord « en prison. Si l'on reconnaît que la perte du navire est l'effet d'un acci- « dent, on met le capitaine en liberté. Celui qui a tué un homme, même « par accident, à la chasse, par exemple, est d'abord arrêté; on examine « ensuite, et, s'il est innocent, on l'absout... Il importe de prendre des me- « sures qui, sans nuire aux créanciers, sans frapper le failli d'une con- damnation avant qu'il ait pu se justifier, le mettent cependant dans un « état d'humiliation conforme à la situation de sa fortune et que les mœurs « anciennes lui imprimaient. Si la prison paraît trop sévère, qu'on prenne « tout autre moyen pour empêcher que le failli fasse, en quelque sorte, « trophée de sa faillite. »

fripon. Aussi cette rigueur outrée avait-elle produit dans la pratique des résultats fâcheux :

1° Les faillis étaient peu disposés à faire une déclaration où ils entrevoyaient la perte inévitable de leur liberté, et le retard apporté dans cette déclaration était préjudiciable à tous les intéressés ;

2° Dès que le jugement déclaratif était rendu, la première chose que faisait le failli, c'était de s'enfuir ou de se cacher, et on allait ainsi contre le but même qu'on s'était proposé en prescrivant l'arrestation du failli, qui ne reparaissait que quand il avait obtenu un sauf-conduit (1).

Il y avait donc à cet égard un changement à faire à l'ancien texte ; et c'est pourquoi le nouvel art. 456 a été rédigé. D'après le 1er alinéa de cet article : « Lorsque le failli se sera conformé « aux art. 438 et 439, et ne sera point, au moment de la déclaration, incarcéré pour dettes ou pour autre cause, le tribunal « pourra l'affranchir du dépôt ou de la garde de sa personne. »

On le voit, lorsque le débiteur aura lui-même déclaré la cessation de ses paiements et déposé son bilan, le tribunal pourra l'affranchir de l'emprisonnement (2). Mais c'est là une simple faculté pour le tribunal : il pourra toujours apprécier les circonstances et en tenir compte (3). Du reste, d'après l'art. 456

(1) Voy. la partie du rapport fait par M. Renouard à la Chambre des députés que lui-même a reproduite dans son *Traité des faillites et des banqueroutes* (t. I, p. 425).

(2) Le tribunal peut l'en affranchir lors même qu'il n'aurait pas tenu des livres conformément aux art. 8 et 9 du Code de commerce : la sanction de l'obligation imposée par ces articles, c'est la possibilité pour celui qui ne s'y est pas conformé d'être déclaré banqueroutier simple (art. 586-6°). Cela résulte clairement de ce qui a été dit à la Chambre des députés, séance du 2 avril 1838.

(3) Même au cas où le failli serait dans une position telle, par exemple à raison de son âge, que la contrainte par corps ne pourrait pas être exercée contre lui, le tribunal de commerce a la faculté d'ordonner son arrestation ou de l'en affranchir. Comme le dit la Cour de Paris dans son arrêt du 23 décembre 1847, confirmatif d'un jugement rendu par le tribunal de commerce de la Seine le 20 octobre précédent, « les mesures ordonnées « par l'art. 455 ont pour objet, non d'assurer le paiement des dettes du failli

lui-même, si le failli, au moment du jugement déclaratif, était déjà incarcéré pour dettes ou pour autre cause, le tribunal ne pourrait pas lui accorder sa mise en liberté immédiate, il devrait le maintenir en état d'arrestation; et cela, par une double raison : d'une part, la déclaration faite par le débiteur incarcéré n'est pas très-méritoire ni très-spontanée, elle est en quelque sorte forcée, nécessitée par son arrestation même ; d'autre part, son maintien en état d'arrestation n'empire pas sa situation, et il n'y a aucun motif pour la changer, au moins jusqu'à plus ample informé (1). Cette restriction est donc fort sage.

Mais elle est conçue dans des termes qui ont fait naître une question. On a voulu à tort les faire servir à résoudre la question dont il s'agit, question à laquelle l'article est totalement étranger. On s'est demandé si, après le jugement déclaratif, le tribunal pourrait accorder un sauf-conduit au failli, lorsque, au moment du jugement déclaratif, il était déjà incarcéré pour dettes ; et des Cours, notamment la Cour de Riom (2), ont jugé la négative, en se fondant sur les termes de notre art. 456. Je discuterai cette question en son lieu (3) ; mais je constate dès à présent que c'est une méprise évidente que de vouloir la résoudre au moyen de l'art. 456 : car cet article n'est relatif qu'à

« au moyen de la contrainte par corps, mais de le placer sous la main de « la justice pour le cas où des indices de banqueroute viendraient à s'élever « contre lui, et pour empêcher que sa fuite ne prive l'administration de la « faillite de renseignements que lui seul peut être à même de donner : « dès lors, l'art. 6 de la loi du 17 avril 1832 est inapplicable à l'espèce » (Dev.-Car., 48, 2, 288).

(1) Lorsque, au moment où est rendu le jugement déclaratif, le failli est déjà incarcéré pour dettes, non-seulement le tribunal ne peut pas l'affranchir de l'emprisonnement, mais il doit même ordonner expressément qu'il sera maintenu en état d'arrestation. En effet, comme le dit très-bien M. Pardessus (*Cours de droit commercial*, no 1145), à défaut de cette disposition expresse du jugement, une connivence avec le créancier qui exerce la contrainte par corps pourrait délivrer un homme qui, s'il eût été libre lors de la déclaration de faillite, aurait été arrêté par ordre du tribunal.

(2) Arrêt du 21 janvier 1839 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, no 389).

(3) A propos des art. 472 et 473.

l'affranchissement de l'arrestation à ordonner ou à ne pas ordonner par le jugement déclaratif, et nullement au sauf-conduit qui peut être accordé ultérieurement.

Nous avons vu, si je puis m'exprimer ainsi, tous les effets *explicites* du jugement déclaratif, savoir :

1° La constatation de la cessation des paiements ;

2° La nomination de syndics ;

3° La nomination d'un juge-commissaire ;

4° L'apposition des scellés ;

5° L'arrestation du failli.

Nous passons maintenant à des effets d'un autre ordre, qu'on peut appeler *implicites*, parce qu'ils dérivent de plein droit du jugement déclaratif, ou plutôt du dessaisissement, qui est l'effet fondamental de ce jugement, le principe et la base de tous les autres.

§ III. EFFETS QUI SE RATTACHENT AU DESSAISISSEMENT.

1° *Exercice des actions.*

Le premier de ces effets qui n'ont pas besoin d'être exprimés dans le jugement déclaratif, c'est la substitution des syndics au failli pour la défense aux actions intentées depuis le jugement déclaratif (1).

La loi ne s'est occupée que des actions passives, parce que ce

(1) M. Bravard suppose toujours une action *intentée* depuis le jugement déclaratif. Mais, comme il l'indiquera lui-même un peu plus loin, ce qu'il dit d'une action *intentée* depuis le jugement déclaratif est également vrai d'une action qui a été *intentée* avant, mais qu'on veut *continuer* après ce jugement, parce qu'au moment où il intervient elle n'a pas encore abouti à une décision judiciaire. L'art. 443, 2e alinéa, s'exprime très-bien quand il parle d'une action *suivie* ou *intentée* depuis le jugement déclaratif.

sont les plus nombreuses, les plus fréquentes, parce que ces actions se multiplient surtout aux approches de la cessation des paiements et dans les premiers moments qui suivent le jugement déclaratif. Aussi l'art. 443, deuxième alinéa, dit-il : « A « partir de ce jugement, toute action, mobilière ou immobi- « lière, ne pourra être suivie ou intentée que contre les syn- « dics. » Il est clair, en effet, que, le failli étant dessaisi de l'administration de ses biens, ce n'est plus contre lui, c'est contre les syndics, à qui cette administration appartient, que les actions passives doivent être intentées.

Mais ce deuxième alinéa de l'art. 443 est peu exact dans ses termes : car il semble exclure toute distinction entre les diverses espèces d'actions qui peuvent être intentées contre le failli; or, il y a une distinction essentielle, indispensable, à faire ici, distinction entre les actions relatives à la personne et les actions relatives aux biens. Quant aux actions relatives à la personne, elles devront, après le jugement déclaratif comme avant, être intentées contre le failli lui-même, attendu qu'il n'est pas interdit, que les syndics ne sont pas ses tuteurs. Pour tout ce qui ne se rattache pas directement à l'administration de ses biens, au gage de ses créanciers, il conserve la plénitude de sa capacité, il est *integri statûs* (1). C'est donc contre lui, et non contre les syndics, que devrait être intentée, si elle était formée après le jugement déclaratif, une demande en séparation de corps, ou une demande en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude : car, bien que la révocation de donation ou la séparation de corps réagisse sur les biens, elle s'attaque directement à la personne, qu'on accuse de mauvais traitements envers son conjoint

(1) Comp., ci-dessus, p. 70 et 71.

Le texte de la loi se réfère, jusqu'à un certain point, à la distinction indiquée par M. Bravard. En effet, l'action qui, d'après notre article, ne peut être suivie ou intentée que contre les syndics, c'est *toute action mobilière ou immobilière;* or, ces expressions désignent une action relative aux biens, non une action relative à la personne. Ainsi la rédaction même montre que la distinction dont il s'agit était dans la pensée du législateur.

ou d'ingratitude, de qui on met ainsi en question la moralité. C'est donc au failli lui-même, et non aux syndics, à défendre à une action de ce genre (1). Mais c'est contre les syndics que

(1) Il me paraît nécessaire d'ajouter ici quelques développements en ce qui concerne la demande en révocation d'une donation pour ingratitude du donataire aujourd'hui en faillite.

Supposons d'abord que les faits d'ingratitude dont se plaint le donateur se soient accomplis depuis le jugement déclaratif de faillite. Dans cette première hypothèse, il est manifeste que ce n'est point aux syndics que devra s'attaquer le donateur. En effet, par suite du dessaisissement qu'a produit le jugement déclaratif, le donataire est devenu incapable de diminuer le gage résultant pour ses créanciers de ses biens tels qu'ils se comportaient lors dudit jugement déclaratif. De même qu'un tiers contre lequel l'individu déjà déclaré en faillite commet un délit ne pourrait pas obtenir condamnation à des dommages-intérêts au préjudice de la masse, de même le donateur n'acquiert pas le droit, par suite des actes d'ingratitude dont le donataire se rend coupable après le jugement déclaratif, de diminuer le gage des créanciers en reprenant les valeurs par lui données. Il y a là une application certaine du principe du dessaisissement : l'individu déclaré en faillite ne peut plus par ses faits licites ou illicites augmenter son passif au préjudice des créanciers envers qui il était tenu lors du jugement déclaratif (voy., ci-dessus, p. 67 et 68). Donc, si le donateur croit de son intérêt de faire prononcer la révocation dans le cas qui nous occupe, toujours est-il que ce ne sont pas les syndics qu'il doit actionner : car les syndics représentent la masse de la faillite, et la révocation, qui aura peut-être effet vis à vis du failli s'il revient plus tard à meilleure fortune, n'en aura certainement point vis à vis de la masse.

Maintenant supposons que les actes d'ingratitude dont se plaint le donateur ont été accomplis avant que le donataire ne fût déclaré en faillite : le donateur peut-il intenter l'action en révocation contre les syndics? Il ne le peut pas plus que dans l'hypothèse précédente. En effet, la révocation pour ingratitude a cela de particulier qu'elle ne peut jamais être demandée que contre la partie coupable d'ingratitude : c'est une sorte de peine qui peut être infligée seulement au donataire ou à ceux qu'il représente; or, les créanciers du donataire ont cessé d'être représentés par lui dès que le tribunal de commerce l'a déclaré en faillite. — Mais que décider si l'action en révocation pour cause d'ingratitude avait déjà été intentée contre le donataire au moment où il est déclaré en faillite? Ici la masse des créanciers doit être traitée comme une personne au profit de laquelle le donataire aurait aliéné la chose donnée. S'agit-il d'un immeuble dont la donation a dû être transcrite? Si la faillite du donataire a été déclarée avant qu'un extrait de la demande en révocation n'eût été inscrit en marge de la transcription (C. Nap., art. 958), cette demande ne pourra pas être suivie contre les syndics : car ici encore la révocation doit rester comme non

devrait être intentée une action en rescision de vente d'im-

avenue vis à vis de la masse. Si au contraire un extrait de la demande en révocation avait été inscrit en marge de la transcription au moment où est intervenu le jugement déclaratif, je crois que le donateur pourrait encore suivre son action contre le donataire lui-même, mais en ayant bien soin de mettre en cause les syndics, afin de pouvoir invoquer contre la masse, qui n'est représentée que par eux, le jugement portant révocation qu'il espère obtenir. S'agit-il d'une donation qui n'a pas été transcrite? Alors on se demande à quelle condition les tiers pourront avoir à subir les effets de la révocation, et l'on admet assez généralement que la simple demande en révocation a ici le même effet que nous avons vu tout à l'heure produit par l'inscription d'un extrait de cett demande (voy. MM Aubry et Rau, 3e édition, t. VI, § 708, p. 112, note 27). Nous n'avons pas à entrer dans l'examen détaillé de cette question. Il nous suffira de rappeler notre principe, d'après lequel il faut distinguer suivant que le fait que l'on considérera ici comme équivalant à l'inscription d'un extrait de la demande se sera ou non produit avant le jugement déclaratif de la faillite du donataire.

— J'ai posé en principe que, quand une action est intentée contre le failli lui-même, la condamnation n'aura effet contre la masse qu'autant que les syndics auront été mis en cause. Mais la Cour de cassation admet une exception à ce principe pour le cas où la condamnation est prononcée par un tribunal de répression. Voici, en effet, quelques-uns des *considérants* d'un arrêt de la Chambre criminelle, du 9 mai 1846 :

« Attendu que l'action en réparation du dommage causé par un crime, « lorsqu'elle est poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que « l'action publique, ne peut être soumise aux règles ordinaires de la pro- « cédure civile; qu'elle doit, au contraire, se coordonner avec l'action pu- « blique à laquelle elle est accessoirement unie, et que celle-ci ne saurait « être ni gênée ni entravée dans son exercice;..... que la partie lésée peut « se porter partie civile jusqu'à la clôture des débats, mais que les débats « une fois entamés doivent être continués sans interruption jusqu'après « la déclaration du jury; qu'ils ne pourraient être ni retardés ni suspendus « par l'appel en cause du tuteur d'un mineur, du mari d'une femme, du « syndic d'un failli, placés dans les liens d'une accusation; que tous sont « soumis à l'exercice de l'action publique pour l'application des peines, « sans que l'assistance de leurs représentants légaux soit nécessaire, « quoique cette action entraîne souvent des condamnations pécuniaires « qui grèvent la fortune et les biens des condamnés; qu'ils trouvent des « garanties suffisantes dans la solennité de l'instruction et dans l'accom- « plissement des formalités établies pour l'intérêt de la défense, et que les « mêmes garanties protégent aussi les intérêts civils sur lesquels les Cours « d'assises sont appelées à prononcer..... » (Dev.-Car., 46, 1, 844). — J'ai beaucoup de doutes sur l'exactitude de cette doctrine. Evidemment il n'est pas possible de mettre sur la même ligne, comme le fait la Cour, le cas où

meubles pour lésion de plus des sept douzièmes, ou une action en délivrance d'un objet vendu par le failli (1).

Il y a des actions pour lesquelles on peut douter, à raison de leur nature, si elles s'attaquent plutôt à la personne qu'aux biens, et *vice versâ*. Je citerai notamment la demande en séparation de biens. Elle est fondée sur la mauvaise administration du mari, sur le désordre de ses affaires, ce qui peut la faire considérer comme relative à la personne; mais, d'un autre côté, elle modifie les droits du mari sur les biens de sa femme, et autorise celle-ci à exercer ses reprises, ce qui peut faire considérer cette action comme relative aux biens. Quant à moi, je crois qu'elle est plutôt relative aux biens qu'à la personne, et, par suite, qu'elle doit être intentée contre les syndics, sauf au failli, s'il pense y avoir intérêt,à demander à intervenir (2). En effet, c'est

la personne poursuivie au criminel est un mineur ou une femme mariée et le cas où c'est un failli : dans le premier cas, la condamnation n'a effet que contre une personne qui aura été défendue, tandis que dans le deuxième la masse de la faillite va souffrir de la condamnation sans avoir été admise à se défendre. M. Renouard paraît bien ne pas admettre non plus l'exception consacrée par la Cour de cassation, quand il dit, en termes absolus : « Les syndics ont toujours le droit d'être présents pour la surveillance et « la conservation des intérêts de la masse, même dans les instances per- « sonnelles au failli; et les condamnations prononcées contre celui-ci hors « de leur présence n'obligeraient point la masse » (*op. cit.*, t. I, p. 312-313). Cependant, un peu plus loin (p. 318), il rapporte sans le critiquer l'arrêt du 9 mai 1846.

Je suppose toujours, du reste, que le crime ou délit pour lequel le failli est poursuivi devant un tribunal de répression a été commis avant le jugement déclaratif de faillite. Quant à celui qui aurait été commis depuis ce jugement, il ne peut jamais causer préjudice à la masse de la faillite.

(1) En ce qui concerne l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, comme il appartient aux syndics d'y défendre, il leur appartient également d'exercer l'option ouverte par l'art. 1681 du Code Napoléon entre la restitution de l'immeuble et le paiement du supplément du juste prix sous la déduction d'un dixième du prix total. — Je dirais, de même, que les syndics actionnés en résolution par un vendeur pour défaut de paiement du prix peuvent empêcher la résolution en payant le prix, s'ils en ont les moyens et s'il leur paraît avantageux de maintenir le contrat.

(2) Conformément au 4e et dernier alinéa de notre art. 443.

entre les mains des syndics que se trouvent toutes les pièces constatant la situation active et passive du failli, permettant d'apprécier son administration, et, dès lors, c'est aux syndics à défendre à cette action. C'est en ce sens que se sont prononcés la plupart des tribunaux (1), et l'art. 443, en ce qu'il a d'absolu et même de trop absolu dans ses termes, fournit un argument puissant à l'appui de cette décision (2).

Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 443 ne s'est occupé que du cas le plus ordinaire, de l'exercice des actions passives. Il est donc incomplet à cet égard. Du reste, il va de soi que, à partir du jugement déclaratif, les actions que le failli peut avoir à exercer contre des tiers, doivent être intentées, non par lui, qui est dessaisi, mais par les syndics (3). Il n'est pas moins clair que, pour ces actions qu'on peut appeler *actives*, il faut faire la même distinction que nous avons faite pour les actions passives; c'est-à-dire qu'il faut distinguer entre celles qui sont principalement relatives à la personne et celles qui sont plutôt relatives aux biens qu'à la personne : les premières continueront d'être exercées par le failli, même après le jugement déclaratif; les secondes le seront par les syndics. Ce sera donc au failli lui-même à intenter la demande en séparation de corps (4); mais ce sera aux

(1) Je ne connais qu'un seul arrêt qui ait statué sur la question depuis la promulgation de la loi de 1838. C'est un arrêt de la Cour d'Angers, du 11 mars 1842, que mentionne le journal *le Droit* du 20 avril suivant. Cet arrêt semble partir de l'idée que la demande en séparation de biens est formée contre le mari lui-même; seulement il ajoute qu'elle doit, à peine de nullité, être formée en même temps contre les syndics.

(2) Je serais plutôt tenté de dire que cette disposition de l'art. 443 est conçue en termes trop restrictifs : car, en elle-même, la demande en séparation de biens n'est véritablement ni une action mobilière ni une action immobilière.

(3) L'art. 471 ne fait qu'appliquer cette idée lorsqu'il dit : « Les « effets de portefeuille, à courte échéance, ou susceptibles d'acceptation, « ou pour lesquels il faudra faire des actes conservatoires, seront ex- « traits des scellés par le juge de paix, décrits et remis aux syndics *pour* « *en faire le recouvrement*..... Les autres créances seront recouvrées par « les syndics sur leurs quittances. »

(4) Comp., ci-dessus, p. 71, le commencement de la note 2.

syndics à intenter une action en rescision pour cause de lésion ou d'autres actions de ce genre.

Toutefois, il s'élève ici, au point de vue de l'exercice actif de l'action, une difficulté analogue à celle que j'ai examinée tout à l'heure en me plaçant au point de vue passif. Quand il s'agit de la demande en séparation de biens, nous avons vu que la femme du failli devait intenter cette demande contre les syndics ; mais, lorsque ce sera la femme elle-même qui sera en faillite, appartiendra-t-il aux syndics d'intenter de son chef la demande en séparation de biens contre le mari qui compromettrait les reprises de sa femme, ou contre les syndics de la faillite du mari, s'il était lui-même en faillite ? La question ne me paraît pas pouvoir être sérieusement débattue. En effet, si l'action dont il s'agit est considérée comme relative à la personne plutôt qu'aux biens de la femme, les syndics de sa faillite ne peuvent certainement pas l'exercer. Mais, dût-on la considérer comme relative aux biens (ce qui est beaucoup plus exact), ils ne le pourraient pas davantage : car le législateur, par des motifs de l'ordre moral le plus élevé, n'a pas voulu que les créanciers de la femme pussent exercer de son chef, sans son consentement, l'action en séparation de biens. Le 1er alinéa de l'art. 1446 du Code Napoléon contient à cet égard une disposition on ne peut plus formelle (1).

(1) Ainsi, les syndics de la faillite de la femme, dans le cas où le mari, de son côté, est également en faillite, ne peuvent pas sans doute demander la séparation de biens ; mais ils peuvent parfaitement venir dans la faillite du mari exercer les droits de la femme (même art. 1446, 2e alinéa). Par exemple, si la femme s'est mariée en communauté, avec réserve qu'au cas de renonciation à la communauté elle pourrait reprendre son apport franc et quitte (voy. C. Nap., art. 1514), les syndics de sa faillite exerceront ce droit de reprise en renonçant de son chef à la communauté.

— J'indique ici plusieurs autres actions au sujet desquelles on peut se demander si elles seront exercées par le failli lui-même ou par les syndics de sa faillite :

D'abord nous admettrons sans difficulté que, si le failli a fait autrefois une donation, lui seul peut en demander la révocation pour cause d'ingratitude du donataire. En effet, c'est au donateur, non à ses créanciers ou

Je n'ai plus qu'un mot à ajouter sur l'exercice des actions; c'est que, si elles avaient été intentées avant le jugement déclaratif, elles devraient être après ce jugement continuées suivant les distinctions que j'ai indiquées, soit contre le failli lui-même,

aux syndics qui les représentent, à voir s'il y a réellement ingratitude de la part du donataire : nul ne peut dire que le donataire a été ingrat, lorsque le donateur ne l'accuse pas d'ingratitude. Et d'ailleurs, le donateur eût-il reconnu l'ingratitude du donataire, sa faillite ne lui enlève pas cette admirable prérogative, à laquelle il n'aurait même pas pu renoncer, de pardonner, de tenir l'injure pour non avenue. Les syndics ne seront donc jamais recevables à faire rentrer dans la masse les biens donnés par l'homme aujourd'hui en faillite, si à l'appui de leur prétention ils ne peuvent alléguer que des faits d'ingratitude de la part du donataire (voy. en ce sens MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 312, et Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 205). — Du reste, si le failli avait intenté l'action dont il s'agit et avait obtenu un jugement portant révocation de la donation, cela profiterait à la masse de la faillite : le dessaisissement établi par le 1er alinéa de notre art. 443 s'appliquerait au bien ainsi recouvré par le failli.

Lorsqu'un commerçant est exproprié pour cause d'utilité publique des lieux qu'il occupait comme locataire, si ce commerçant est déclaré en faillite, l'action en indemnité pour dommage résultant de l'expropriation peut bien être exercée par les syndics. Mais, sur le refus de ceux-ci, pourrait-elle l'être par le failli lui-même? L'affirmative a été admise par la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 août 1852. La Cour décide « que le « dessaisissement de l'administration de tous ses biens, opéré, suivant « l'art. 443 du Code de commerce, par le jugement déclaratif de la faillite, « dans l'intérêt de la masse des créanciers, n'est point un obstacle à ce « que le failli exerce en son nom une action judiciaire, surtout lorsque, « comme dans l'espèce, le syndic averti n'a pas jugé à propos de l'exercer « lui-même et que cette action concerne l'habitation personnelle du failli « et de sa famille; que le tiers contre lequel cette action est dirigée ne « peut tirer de l'état de faillite, contre la demande du failli, une fin de non-« recevoir fondée sur le défaut de qualité » (Dev.-Car., 53, 1, 16). Je ne pense pas que la Cour de cassation ait voulu poser en thèse générale que, toutes les fois que les syndics se refusent à exercer une action du failli, le failli a qualité pour l'exercer lui-même : une pareille doctrine est absolument inconciliable avec le principe du dessaisissement. Mais spécialement quand il s'agit, comme dans l'espèce, de demander une indemnité pour un dommage personnel causé au failli et à sa famille, la décision de la Cour peut très-bien se justifier. Voy. en ce sens M. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 309.

Enfin nous savons déjà que, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsque le commerçant déclaré en faillite entreprend un nouveau commerce, une nouvelle industrie, il a qualité pour figurer lui-même dans

soit contre les syndics, ou bien soit par le failli lui-même, soit par les syndics (1).

les procès auxquels peut donner lieu ce commerce ou cette industrie. Voy., ci-dessus, p. 71, note 2.

— Supposons que le failli ait intenté une action qui, conformément aux principes qui viennent d'être exposés, aurait dû être intentée par les syndics. Sans doute le défendeur n'est pas tenu de subir l'instance : car, s'il obtenait gain de cause, il ne pourrait pas s'en prévaloir contre la masse de la faillite, et les syndics pourraient soulever de nouveau contre lui la même question. La personne ainsi actionnée par le failli a donc le droit de faire prononcer par le tribunal que la demande n'est pas recevable. Mais, si, avant que la demande du failli n'eût été rejetée pour ce motif, les syndics étaient venus se l'approprier, étaient venus manifester l'intention de suivre l'action intentée, le vice de cette action serait par là même complétement purgé : en conséquence, la demande du failli se trouverait avoir interrompu la prescription, avoir fait courir les intérêts, etc., tout comme si elle eût été formée dès le principe par les syndics. Voy., ci-dessus, p. 79, note 1.

(1) Voy., ci-dessus, p. 120, note.

Supposons que j'ai intenté une action mobilière ou immobilière, purement relative aux biens, contre un commerçant, qui vient à être déclaré en faillite *inter moras litis :* il résulte du texte même de l'art. 443 que mon action devra désormais être suivie contre les syndics. Du reste, l'affaire ne fût-elle pas encore en état lors du jugement déclaratif, il n'y aura pas lieu à reprise d'instance, aux termes de l'art. 345, 1er alinéa, du Code de procédure. C'est ce que la Cour de Bordeaux a formellement reconnu par son arrêt du 29 février 1860 (Dev.-Car., 60, 2, 319). A la vérité, l'avoué ou le mandataire du défendeur se trouvera révoqué par suite dudit jugement déclaratif (C. Nap., art. 2003) ; mais le tribunal ne devrait pas condamner les syndics par défaut, sans leur avoir fixé un délai dans lequel ils examineront s'il convient mieux d'acquiescer à la demande ou d'y résister (voy. M. Renouard, *op. cit.*, t. 1, p. 320 et 321). De plus, si l'action intentée contre l'individu aujourd'hui en faillite se plaide dans un endroit éloigné de celui où la faillite a été déclarée, il faudrait admettre que l'acte de procédure ou même le jugement intervenu depuis la déclaration de faillite, mais avant que la connaissance de cette déclaration ait pu parvenir dans l'endroit dont il s'agit, est opposable aux syndics et à la masse qu'ils représentent : c'est l'application pure et simple du principe général posé dans les art. 2008 et 2009 du Code Napoléon. Voy. aussi Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 191.

Le Code de 1808 faisait une distinction assez singulière entre les *actions intentées contre la personne et les biens mobiliers* et *les actions intentées contre les biens immobiliers*. L'art. 494 était ainsi conçu : « A compter de « l'entrée en fonctions des agents, et ensuite des syndics, toute action

2° *Exécution sur les biens.*

Je passe à une nouvelle conséquence du dessaisissement ou à un autre effet également implicite du jugement déclaratif : je veux parler de la suspension des poursuites ou voies d'exécution sur les biens.

Cette suspension est fondée sur une double raison, raison de fait et raison de droit. En fait, si, après le jugement déclaratif, chaque créancier porteur d'un titre exécutoire pouvait individuellement faire des actes d'exécution sur les biens compris dans la faillite, il en résulterait des tiraillements, des complications de procédure et des frais énormes. En droit, à partir du dessaisissement, tous les biens du débiteur sont affectés au paiement de toutes les dettes existantes à ce moment, et chaque créancier a droit à une quote part de l'actif proportionnelle à la somme pour laquelle il figure dans le passif : dès lors, un créancier ne saurait ni recevoir son paiement du débiteur qui est dessaisi, ni se le procurer au détriment des autres créanciers en faisant des actes d'expropriation. Aussi l'art. 534 a-t-il concentré le droit de réaliser l'actif dans la main des syndics (1).

Mais le principe lui-même, le principe qu'en général après le

« civile intentée avant la faillite contre la personne et les biens mobiliers « du failli par un créancier privé ne pourra être suivie que contre les « agents et les syndics; et toute action qui serait intentée après la faillite « ne pourra l'être que contre les syndics. » De là il semble résulter qu'après la faillite toute action devait être intentée contre les agents ou les syndics; que l'action intentée avant la faillite contre la personne et les biens mobiliers devait être suivie contre les agents ou les syndics, mais que l'action intentée avant la faillite contre les immeubles devait être suivie après la faillite contre le failli lui-même. Dans cet article, il s'agit de saisie, d'exécution forcée, en même temps que d'action *proprio sensu*. Notre art. 443 distingue très-bien les deux choses (comp. le 2e et le 3e alinéa).

(1) J'en conclus également qu'après le jugement déclaratif les différents créanciers ne peuvent plus exercer, conformément à l'art. 1166 du Code Napoléon, les droits et actions appartenant au débiteur. Voy. en ce sens M. Renouard, *op. cit.*, t. 1, p. 314 et 315.

jugement déclaratif les créanciers ne peuvent plus faire d'actes d'exécution sur les biens, s'il est incontestable et présupposé par plusieurs textes (1), n'est catégoriquement formulé dans aucun. Il y a plus : l'art. 443, 3e alinéa, semble difficile à concilier avec le principe dont il s'agit. En effet, dans cet article, après avoir dit que les actions ne pourront être intentées ou suivies que contre les syndics, le législateur ajoute : « Il en sera de même de toute voie d'exécution, tant sur les « meubles que sur les immeubles. » On pourrait donc croire qu'entre les actions et les voies d'exécution il n'y a nulle différence. — Il existe, à la vérité, entre les unes et les autres une ressemblance de procédure, de forme, en ce sens qu'après le jugement déclaratif les voies d'exécution comme les actions doivent être dirigées contre les syndics (2). Mais il existe une différence essentielle, au fond, quant à l'exercice du droit en lui-même. En effet, l'exercice des actions n'est pas suspendu ; l'exercice du droit de poursuites est, au contraire, suspendu, et, si le 3e alinéa de l'art. 443 parle de voies d'exécution suivies ou intentées, il suppose qu'elles émanent de créanciers qui ne sont pas compris dans la règle, qui sont en dehors de la faillite même. En un mot, cette disposition n'est faite que pour un cas d'exception, et c'est en quoi la rédaction du législateur laisse un peu à désirer : car il se réfère à une exception, sans avoir d'abord posé la règle, et sans signaler non plus la disposition dont

(1) Notamment par l'art. 527, qui commence par décider que le tribunal de commerce peut prononcer la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance de l'actif, et qui ajoute : « Ce jugement fera rentrer chaque « créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les « biens que contre la personne du failli. » Voy. aussi l'art. 539.

(2) Ainsi, aujourd'hui, toutes les fois qu'une exécution sur les biens d'un commerçant peut être continuée après que ce commerçant a été déclaré en faillite, elle doit l'être contre les syndics. Au contraire, sous l'empire du Code de 1808, les poursuites à fin d'expropriation d'un immeuble devaient être continuées, après la faillite du saisi, contre lui-même et non pas contre les agents ou syndics. C'est, du moins, ce que décide un arrêt de la Cour de cassation, du 20 mai 1844 (Dev.-Car., 44, 1, 399), par application de l'ancien art. 494, déjà cité ci-dessus, p. 128, note 1.

il s'agit comme ayant un caractère particulier et exceptionnel (1).

Pour faire bien comprendre cette disposition obscure de l'article 443, nous dirons qu'en matière de faillite, toutes les fois qu'il s'agit des rapports des créanciers avec le débiteur, il faut soigneusement distinguer deux classes de créanciers, savoir :

1° Ceux qui ont suivi la foi du débiteur, couru la chance de sa bonne ou de sa mauvaise fortune : ils forment la généralité, la masse, et, en même temps que le débiteur est dessaisi de l'administration de ses biens, ils sont, eux, dessaisis du droit de faire des actes d'expropriation (2) ;

2° Les créanciers qui se sont prémunis d'avance contre la faillite ou l'insolvabilité, qui n'ont contracté avec le débiteur que sur la foi de garanties particulières qu'il leur a données, en affectant certaines choses à la sûreté de leurs créances, — en un mot, pour me servir des expressions techniques, les créanciers *hypothécaires, privilégiés* ou *nantis*. Quant à ceux-là, lorsqu'ils agissent en cette qualité spéciale de créanciers *hypothécaires, privilégiés* ou *nantis*, ils conservent après le jugement déclaratif la même position qu'ils avaient avant : car leurs rapports avec la chose sur laquelle ils veulent exercer leurs droits, et qui a été la cause déterminante du contrat qu'ils ont formé, ne sont nullement troublés ni altérés par le changement survenu dans la situation générale du débiteur (3). Ils conservent donc le droit

(1) En somme, je résumerai de la manière suivante tout le système du législateur sur ce point :

La règle est que les créanciers ne peuvent point pratiquer de saisie sur les biens du débiteur failli. Par exception, certains créanciers le peuvent; et alors c'est contre les syndics, non contre le failli lui-même, qu'ils procèdent.

(2) Il n'y a pas à se demander contre qui ils exerceront des voies d'exécution, après le jugement déclaratif : ils ne peuvent absolument pas en exercer, pas plus contre les syndics que contre le failli lui-même.

(3) Aussi ces créanciers n'ont-ils pas voix dans les opérations relatives au concordat (voy. l'art. 508). Cela montre bien qu'ils sont en dehors de la faillite : que le failli obtienne ou non un concordat, que le concordat qui lui est consenti contienne des clauses plus ou moins favorables à ce failli, les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis, n'ont à en prendre aucun souci.

de faire des actes d'exécution après le jugement déclaratif, tandis que les chirographaires le perdent.

La distinction que je viens d'indiquer relativement au droit de procéder à l'exécution, entre les deux classes de créanciers, cette distinction, dis-je, est formellement consacrée, du moins en ce qui concerne les créanciers hypothécaires, par l'art. 571, ainsi conçu : « A partir du jugement qui déclare la faillite, les « créanciers ne pourront poursuivre l'expropriation des im- « meubles sur lesquels ils n'auront pas d'hypothèques. » Cet article reconnaît donc aux créanciers hypothécaires un droit qu'il refuse aux créanciers chirographaires ; et le législateur aurait dû rattacher à cette disposition le 3e alinéa de l'art. 443, lequel, encore un coup, bien que conçu en termes généraux, suppose un cas particulier.

Il résulte donc de cet art. 571 qu'à partir du jugement déclaratif, ainsi que je l'ai dit, le droit commun est que les créanciers ne peuvent plus poursuivre l'expropriation des biens du failli, mais que, par exception, les créanciers hypothécaires conservent ce droit. En ce qui concerne les créanciers privilégiés et les créanciers nantis, il y a des textes analogues (1) qui leur réservent également le droit dont il s'agit; mais nous aurions pu nous en passer, car il y avait évidemment même raison de décider pour ces créanciers et pour les créanciers hypothécaires.

On s'est fait cette question : un créancier chirographaire, qui n'a pas le droit de commencer une poursuite en expropriation après le jugement déclaratif, n'a-t-il pas au moins le droit de la continuer quand il l'a commencée antérieurement? Ne peut-on pas argumenter, par analogie, de l'art. 572, aux termes duquel le créancier hypothécaire peut continuer après l'époque de l'union une poursuite qu'il ne serait pas en droit de commencer? Non : le créancier chirographaire n'a pas d'intérêt à mettre à fin la poursuite entamée avant le jugement déclaratif, puisqu'il ne lui serait pas permis de toucher le prix provenant de la

(1) Voy. notamment les art. 450, 548 et 551.

vente. Sur ce prix il n'a pas plus de droit que les autres créanciers : c'est une valeur qui doit être répartie entre eux tous. Les syndics pourront donc le sommer de discontinuer ses poursuites, et il sera tenu d'obtempérer à leur sommation (1). —

(1) Aujourd'hui encore la question est controversée. Un arrêt de la Cour d'Aix, du 21 juillet 1840 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 224), décide que les exécutions mobilières commencées avant le jugement déclaratif peuvent être continuées contre les syndics après que ce jugement a été rendu. M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 87) approuve cette décision. Je vais examiner successivement les arguments qu'il fait valoir :

1er *argument.* La saisie ayant été régulièrement et valablement pratiquée, on ne saurait lui refuser tous ses effets ordinaires : c'est ce qu'indique l'art. 443 lorsqu'il dit qu'à partir du jugement déclaratif toute voie d'exécution pourra être *intentée* ou *suivie* contre les syndics. Il est certain que le mot *suivie* ne peut s'entendre que d'une procédure commencée : comment comprendre que la loi n'ait voulu accorder la faculté dont il s'agit qu'aux syndics eux-mêmes, lorsque c'est contre eux qu'elle autorise cette continuation? — Ma réponse est bien simple. L'art. 443 met sur la même ligne la voie d'exécution qui est *intentée* et celle qui est *suivie* après le jugement déclaratif : donc, s'il résulte de cet article qu'un créancier chirographaire peut *suivre* après le jugement déclaratif l'exécution qu'il avait commencée auparavant, il en résulte aussi de toute nécessité qu'un créancier chirographaire peut *intenter* après le jugement déclaratif une voie d'exécution sur les biens du failli. Défendre au créancier chirographaire de pratiquer une saisie après le jugement déclaratif et lui permettre de continuer la saisie pratiquée auparavant, c'est distinguer là où la loi exclut formellement toute distinction, c'est violer la loi. Pour donner un sens raisonnable au texte qui contient une seule et même décision quant à l'exécution *intentée* et quant à l'exécution *suivie* après le jugement déclaratif, il faut absolument reconnaître avec M. Bravard que ce texte suppose une exécution qui procède, non pas d'un créancier purement chirographaire, mais d'un créancier hypothécaire, privilégié ou nanti.

2e *argument.* Sous l'empire du Code de 1808, l'art. 494 de ce Code avait fait naître des doutes ; la jurisprudence admettait assez généralement que le créancier chirographaire ne pouvait pas continuer ses poursuites après le jugement déclaratif. Le législateur de 1838 n'ignorait point cet état de choses : lorsque, au lieu de s'expliquer nettement sur sa résolution de refuser la continuation des poursuites, il permet au contraire de les continuer contre les syndics, on ne saurait, sans s'exposer à méconnaître sa volonté, hésiter à consacrer ce droit. — Ce 2e *argument* se trouve réfuté d'avance par ce que j'ai dit pour répondre au 1er : il repose également sur une fausse interprétation de l'art. 443. Et M. Bédarride émet vraiment une idée bien singulière lorsqu'il nous dit que le législateur de 1838, en écrivant le 3e alinéa de l'art. 443, a voulu aller à l'encontre de la jurisprudence

Toutefois, j'apporterais un tempérament à cette décision. Le créancier n'a, sans doute, aucun intérêt, quant au prix, à continuer ses poursuites; mais il peut y avoir intérêt quant aux frais, qui, si la poursuite était mise à fin, se prélèveraient sur le prix,

qui ne permettait pas au créancier chirographaire de continuer ses poursuites sur les biens du failli après le jugement déclaratif.

3e *argument*. Ce qui a lieu ici, c'est précisément ce qui se réalise lorsqu'une chose ayant été saisie par un créancier, d'autres créanciers la saisissent de leur côté ou forment opposition à la délivrance des deniers. Le jugement déclaratif opère cette opposition dans l'intérêt de tous les créanciers. — Voilà une idée dont il est impossible de trouver trace soit dans la discussion, soit dans le texte de la loi. En elle-même, elle n'est guère admissible : car il serait bizarre qu'une affaire qui concerne la masse fût conduite principalement, non pas par les syndics qui ont en général mission de représenter cette masse, mais par un créancier qui n'a aucune mission de ce genre et qui par conséquent ne doit pas agir là où il n'a pas un intérêt personnel. Evidemment les tiraillements qu'on a voulu éviter en instituant les syndics se produiraient constamment dans le système de M. Bédarride; les avantages que présente le régime de la faillite s'évanouiraient en grande partie, et en définitive nous retomberions dans les inconvénients qu'entraîne l'application des règles ordinaires sur les saisies.

Je tiens donc pour seule fondée l'opinion admise par M. Bravard. Elle est également défendue par MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 323; t. II, p. 330) et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, nos 1671 et 1888). Quant à M. Dalloz, il partage cette opinion en ce qui concerne les saisies mobilières; mais, par suite d'une fausse interprétation de l'art. 572, il la rejette en ce qui concerne la saisie immobilière (*Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, nos 224 et 230). — La jurisprudence a plusieurs fois consacré les vrais principes. Voici notamment ce que je lis dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de Rouen, du 6 janvier 1843 :

« Attendu qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi sur les « faillites que toutes les actions et toutes les poursuites à intenter ou à « suivre contre le failli doivent l'être à la requête des syndics; que ce « moyen est le seul qui puisse centraliser en leurs mains les intérêts du « failli et ceux de la masse dont ils sont les représentants; que les syndics « peuvent seuls apprécier, sous la surveillance du juge-commissaire, l'op- « portunité des poursuites et de la vente; que, si ces principes généraux « reçoivent une exception nécessaire lorsqu'il s'agit des créanciers privilé- « giés, c'est parce que ceux-ci ont un droit spécial qui leur assure le recou- « vrement de leurs créances, et qu'ils ne sont pas obligés de subir la loi « commune dans le partage proportionnel à faire entre tous les créanciers « non privilégiés; — Attendu que les créanciers ordinaires ne peuvent « trouver dans l'art. 443 du nouveau Code de commerce la consécration

tandis qu'ils resteront à sa charge si les poursuites sont interrompues. Or, cela ne serait pas raisonnable, cela ne serait pas juste : car en commençant ces poursuites il a usé d'un droit incontestable. Je crois donc que les syndics ne pourront le forcer à les interrompre, qu'en lui remboursant les frais qu'il aura faits, ou qu'en s'engageant à lui en tenir compte (1).

« du droit que réclame B.; qu'en effet cet article, en disposant que toute « action mobilière et toute voie d'exécution sur les meubles ne pourra « être intentée ou suivie que contre les syndics, ne fait qu'indiquer les « personnes qui ont qualité pour représenter le failli dans les diverses cir- « constances où ces actions et ces poursuites peuvent avoir lieu; qu'il n'a « nullement pour but d'accorder, d'une manière absolue, à tous les créan- « ciers, sans tenir compte de la nature de leurs créances, un droit général « et indéfini d'actions et de poursuites individuelles contre le failli; — At- « tendu qu'un tel droit doit d'autant moins être concédé aux créanciers « ordinaires qu'ils ne pourraient par leurs poursuites parvenir à se faire « payer de leurs créances sur le failli préférablement aux autres créan- « ciers; que, d'ailleurs, ces poursuites individuelles entraveraient la mar- « che de la faillite et pourraient nuire aux intérêts communs de la masse...» (Dev.-Car., 43, 2, 120).

La Cour de Paris, dans un arrêt du 2 juillet 1846, dit, de même, que le système contraire « tendrait à séparer les poursuites au lieu de les réunir, « et pourrait avoir pour effet de porter préjudice à l'intérêt commun, soit « en opérant plusieurs ventes au lieu d'une seule, soit en accélérant une « vente qu'il y aurait intérêt à retarder; que l'art. 443, en disposant que « des poursuites peuvent être suivies par des créanciers contre les syndics, « n'a pas créé un droit en dehors des principes généraux qui régissent les « faillites, et qu'il a eu pour but seulement d'indiquer contre quelles per- « sonnes les poursuites doivent être dirigées par celui ou ceux des créan- « ciers qui tiendraient de la loi un droit spécial de poursuivre.... » (Dev.-Car., 46, 2, 391).

Je dois ajouter que la Cour de Paris avait décidé, en 1839 et en 1844, que la saisie immobilière pratiquée par un simple créancier chirographaire peut être continuée après la déclaration judiciaire de la faillite du saisi. Il est incontestable que les mêmes motifs qui font décider le contraire pour la saisie mobilière s'appliquent ici avec autant de force. Aussi la Cour de Paris, pour appuyer sa décision relativement au cas de saisie immobilière, se borne-t-elle, comme M. Dalloz, à invoquer les art. 571 et 572; mais ces articles peuvent très-bien être interprétés autrement, et ils ne commandent pas le moins du monde la décision dont il s'agit.

(1) La Cour de Bordeaux a même admis, par un arrêt du 28 novembre 1840, que les frais faits par un créancier, antérieurement au jugement déclaratif, pour parvenir à la vente d'un meuble, sont des *frais de justice*

Je n'ai plus, sur les actions et sur les voies d'exécution, qu'une remarque à faire, remarque qui complétera l'explication de l'art. 443; c'est que, bien que les actions et voies d'exécution doivent être dirigées contre les syndics, le failli pourra néanmoins, s'il pense que sa présence est nécessaire et utile à la défense de ses intérêts, demander à intervenir, et le tribunal pourra l'y autoriser. Le failli ne peut pas intervenir directement et de plein droit : car il est représenté par les syndics. Mais les syndics représentent en même temps les créanciers. Dans certains cas, ils pourraient difficilement s'acquitter de ce double rôle, sans que l'intérêt des créanciers ou celui du failli surtout en souffrît : en conséquence, on a permis au failli de demander à intervenir et au tribunal de l'y autoriser. C'est ce que porte le dernier alinéa de l'art. 443, qui est ainsi conçu : « Le tribunal, lorsqu'il le jugera convenable, pourra recevoir « le failli partie intervenante » (1).

dans le sens de l'art. 2101 du Code Napoléon et sont, par conséquent, privilégiés (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 229). Cette décision se justifie parcequ'on peut croire que sans la saisie le débiteur eût fait disparaître le meuble dont il s'agit et qu'ainsi la valeur de cet objet eût été perdue pour la masse. — Mais M. Renouard s'exprime un peu inexactement lorsqu'il dit (*op. cit.*, t. II, p. 331), en supposant un immeuble saisi par un créancier chirographaire avant le jugement déclaratif : « L'équité veut que l'on ac- « corde sur le prix de l'immeuble un privilége pour les justes frais des « poursuites valablement commencées avant la faillite.» D'une part, l'équité ne suffit pas pour autoriser le juge à reconnaître l'existence d'un privilége au profit d'un créancier; il faut un texte formel. D'autre part, si l'on peut dire que le créancier qui a saisi l'immeuble est privilégié pour *frais de justice*, c'est un privilége général qui lui appartient, aux termes des art. 2101 et 2104 du Code Napoléon, et non un privilége spécial sur l'immeuble saisi; du moment qu'il n'y a pas adjudication sur la saisie pratiquée par le créancier, il est impossible d'appliquer les art. 713 et 714 du Code de procédure, et il faut en revenir aux principes du droit civil.

(1) Le Code de 1808 était muet sur la question de savoir si le failli peut intervenir dans les procédures engagées entre les syndics et des tiers; mais plusieurs arrêts, et même des arrêts de la Cour de cassation, lui avaient reconnu la faculté d'intervenir. Le projet de révision présenté par le Gouvernement en décembre 1834 ne se prononçait pas plus que le Code. C'est la première Commission de la Chambre des députés qui proposa d'a-

3° *Du propriétaire locateur.*

Il y a un créancier, qui se rencontre dans presque toutes les faillites, de qui on devait spécialement s'occuper, et dès le début

jouter la disposition finale de l'art. 443. Du reste, une vive discussion s'engagea sur ce point dans la séance du 9 février 1835. Le retranchement de cette disposition fut demandé, soit par des personnes qui la jugeaient inutile, soit par des personnes qui la tenaient pour contraire aux principes. Les premières prétendaient que la jurisprudence continuerait de faire sous l'empire de la loi nouvelle ce qu'elle faisait déjà sous l'empire du Code, que par conséquent le législateur qui voulait que le failli pût intervenir n'avait point besoin de formuler un texte positif à cet égard. Les autres (notamment le garde des sceaux, M. Persil) disaient : « Il suffit que la faculté d'intervenir ne soit pas accordée au failli par une disposition législative pour que les tribunaux doivent la considérer comme lui étant refusée. En effet, cette faculté est en opposition avec le principe que le failli est dessaisi et représenté par les syndics. De plus, si le failli intervient, il succombera peut-être : alors les frais de son intervention ne pourront être supportés que par la masse, et il est véritablement déraisonnable qu'il en soit ainsi. » La Commission avait d'abord consenti au retranchement de la disposition, tant qu'on l'attaquait seulement comme inutile; elle en réclama énergiquement le maintien dès qu'elle vit se produire l'opinion d'après laquelle il suffisait de supprimer la disposition pour arriver à ce résultat désirable et conforme aux principes que le failli ne pourrait pas intervenir. La disposition a effectivement passé dans la loi, et elle se justifie par les deux considérations suivantes: 1° Le failli reste propriétaire, et il a un intérêt incontestable à pouvoir présenter au tribunal des moyens que les syndics ignoreront peut-être ou négligeront de faire valoir; 2° le tribunal étant toujours libre d'accorder ou de refuser au failli la faculté d'intervenir, il n'y a pas à craindre que le failli en abuse au détriment de la masse.

Maintenant, arrêtons-nous un instant sur cette disposition et tâchons d'en déterminer exactement la portée.

Le texte de l'art. 443 *in fine* subordonne, dans tous les cas, l'intervention du failli à l'autorisation du tribunal. Pourtant on a voulu distinguer là où la loi ne distingue pas : on a prétendu que le failli avait besoin de l'autorisation du tribunal pour intervenir dans une action concernant la simple administration, non pour intervenir dans une action concernant la propriété même de ses biens. Mais cette prétention singulière a été repoussée par un arrêt de la Cour de cassation, du 25 février 1862 : « Vai-« nement le pourvoi, dit très-bien la Cour, s'efforce d'établir que cette

même de la faillite : je veux parler du propriétaire des lieux où le failli exerce son commerce.

« faculté d'intervention n'est subordonnée au pouvoir discrétionnaire des « tribunaux qu'autant qu'elle a pour objet l'administration des biens du « failli dont celui-ci est dessaisi, et que, maintenu au contraire dans ses « droits de propriété, le failli reste toujours maître d'intervenir ou d'agir « pour leur défense. Loin qu'il en soit ainsi, il ressort, non-seulement de « l'esprit de l'art. 443, tel que le révèle la discussion qui l'a précédé, mais « de son contexte même, que l'intervention qu'il autorise par exception « aux dispositions déposées dans les deux précédents paragraphes s'appli- « que, comme celles-ci, à tous les intérêts du failli, sans distinction entre « ceux qui touchent à la propriété et ceux qui concernent l'administration « de ses biens. Il appartient donc, dans tous les cas, aux tribunaux de dé- « cider souverainement si l'intervention du failli doit être accueillie ou « repoussée..... » — Déjà, dans son arrêt du 25 février 1857, la même Cour de cassation avait proclamé, en termes généraux, « que l'exercice de la « faculté d'intervenir est abandonné au pouvoir discrétionnaire des juges « du fond, et que leur décision sur ce point ne saurait donner ouverture à « cassation » (Dev.-Car., 62, 1, 233).

Le failli, disons-nous, ne peut jamais intervenir qu'autant qu'il y a été autorisé par le tribunal. Evidemment, c'est par lui, ce n'est pas par les syndics, que sera demandée l'autorisation dont il s'agit. Voilà donc un cas dans lequel, au sujet d'une question qui concerne les biens et non pas la personne, le failli adresse lui-même requête au tribunal, peut ester lui-même en jugement pour soutenir sa demande. — De même, si la requête du failli est rejetée, et elle ne peut l'être que par un jugement motivé (C. de proc., art. 480-5°), c'est au failli lui-même qu'il appartiendra d'interjeter appel. Réciproquement, la requête du failli étant admise, la partie qui voudrait interjeter appel du jugement devrait l'interjeter contre le failli lui-même.

Le texte de l'art. 443, nous l'avons déjà remarqué, s'applique exclusivement au cas où l'action est intentée, la voie d'exécution pratiquée, par un tiers. Mais il faut admettre sans difficulté, par identité de motifs, que, lors même qu'il s'agirait d'une poursuite dirigée contre un tiers par les syndics, le failli pourrait encore demander et obtenir l'autorisation d'intervenir.

Quel est le tribunal qui a qualité pour autoriser l'intervention du failli? Naturellement c'est le tribunal devant lequel la procédure est engagée entre les syndics et le tiers. Ce ne sera donc pas toujours le tribunal de commerce qui a rendu le jugement déclaratif de faillite : ce sera, par exemple, le tribunal civil de la situation de l'immeuble, s'il s'agit de la revendication d'un immeuble qui est intentée par les syndics ou contre eux.

Lorsque le failli a été admis à intervenir en 1re instance, il peut certai-

Le propriétaire locateur pourrait, à un double titre, comme nanti des objets garnissant les lieux loués, et comme privilégié, car la créance que produit le bail est favorable et la loi y attache une cause de préférence (1), faire saisir les meubles de son locataire, malgré le jugement qui l'a déclaré en faillite,

nement interjeter appel du jugement auquel il a été partie. Mais le failli qui n'est point intervenu en 1re instance serait-il recevable à intervenir en cause d'appel? D'après l'art. 466 du Code de procédure, « aucune intervention « ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former « tierce-opposition. » La plupart des auteurs, tout en reconnaissant que le failli n'aurait pas droit de former tierce-opposition, admettent cependant qu'il peut être autorisé à intervenir en cause d'appel : suivant eux, la règle spéciale posée par l'art. 443 *in fine* du Code de commerce déroge aux règles générales posées par le Code de procédure en matière d'intervention (voy. MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 329; Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 241). En effet, je suis porté à croire que la pensée du législateur est exactement formulée dans les termes suivants : En matière ordinaire, la règle est que toute personne est libre d'intervenir devant le tribunal de 1re instance, et que celui-là seul peut intervenir en cause d'appel qui aurait le droit de former tierce-opposition contre l'arrêt; en matière de faillite, au contraire, le failli pour intervenir a toujours besoin de l'autorisation du tribunal, mais aussi cette autorisation peut toujours lui être donnée en appel comme en 1re instance. Et le texte de l'art. 443 est bien conforme à cette idée : car le tribunal dont il parle, d'après le sens naturel des mots, ce n'est pas nécessairement un tribunal de 1re instance, c'est le tribunal quel qu'il soit devant lequel est engagée une procédure entre les syndics et un tiers. J'irais même plus loin. Je ne puis pas admettre d'une manière absolue qu'il ne sera jamais permis à un failli, attendu qu'il a été représenté par les syndics, de former tierce-opposition contre une décision qui lui est préjudiciable. Sans doute, en principe, le failli est représenté par les syndics : ce qui est jugé contre eux est jugé contre lui. Mais il n'en est ainsi qu'autant que les syndics ont réellement défendu les intérêts du failli et de la masse; on ne saurait dire qu'une personne me représente quand elle s'arrange volontairement de manière à me causer préjudice. Nous permettrons donc au failli d'attaquer par la tierce-opposition le jugement rendu contre les syndics, à charge par lui de prouver que ce jugement est le résultat d'une collusion. C'est ainsi qu'en principe un débiteur représente ses créanciers, mais que par exception ceux-ci pourraient très-bien faire tomber, au moyen de la tierce-opposition, le jugement que le débiteur aurait laissé obtenir contre lui en fraude de leurs droits. Voy., sur ce dernier point, MM. Aubry et Rau, 3e édition, t. III, p. 95.

(1) Voy. les art. 2102-1° du Code Napoléon, 819 et suiv. du Code de procédure.

pour se payer des loyers échus (1). Ce droit d'exercer des pour-

(1) D'après l'expression employée par M. Bravard (et aussi par l'art. 819 du Code de procédure), on pourrait croire que le locateur n'a privilége que pour les loyers *échus*. Cependant l'art. 2102 du Code Napoléon comprend également dans la créance privilégiée les loyers à échoir, du moins avec une distinction. En effet, si le bail est authentique, ou si, étant sous signature privée, il a reçu date certaine, le locateur peut se faire payer par privilége tous les loyers échus et tous les loyers à échoir. En l'absence d'un bail authentique ou ayant reçu date certaine, le bailleur a droit à une année à compter de l'expiration de l'année courante; d'où nous concluons *a fortiori* qu'il a droit à l'année courante elle-même. Quant aux années antérieures, la question est débattue : des auteurs estimables ne reconnaissent pas privilége au locateur; la jurisprudence, au contraire, le lui donne, et, je crois, avec raison, pour tout le passé. Ce n'est pas ici le lieu de discuter à fond la question. Je veux seulement relever une méprise assez singulière qui a échappé à plusieurs auteurs. Dans la pratique du Châtelet de Paris, lorsque le bail n'avait été fait que *sous signature privée* ou *verbalement* (et n'avait pas été reconnu en justice), le bailleur n'avait préférence que *pour trois termes échus et pour le courant*. Cela signifierait toujours, suivant les auteurs dont je parle, *pour une année*. Mais il faut bien remarquer que le terme n'était pas nécessairement de trois mois. Ainsi Pothier nous dit, en se plaçant, il est vrai, au point de vue de la coutume d'Orléans : « Les termes « sont de six mois pour les loyers de maisons, à moins que le bail ne portât « qu'ils se paieront par chaque année » (*Contrat de louage*, n° 273). A Paris même, tout au moins en ce qui concerne les baux des biens ruraux, *les trois termes échus et le courant* représentaient assurément plus d'une année.

Quand nous parlons des droits du locateur, il va sans dire que nous supposons avant tout qu'il y a contrat de louage reconnu valable. Si le contrat de louage avait été fait après le jugement déclaratif, il serait nul, par application de l'art. 443; s'il avait été fait depuis la cessation des paiements, il pourrait être annulé, au cas où cette cessation aurait été connue du locateur, par application de l'art. 447.

De même, toutes les fois que nous permettons au locateur de se faire payer par préférence pour des loyers à échoir, nous supposons que les garanties sur lesquelles il pouvait légitimement compter pour le paiement de ces loyers se trouvent anéanties ou diminuées. Ainsi, en principe, il faut décider que, si, le locataire devenant insolvable, le droit au bail est cédé à une personne qui laisse dans les lieux le même mobilier, de manière qu'il n'est point saisi et vendu, le locateur n'a rien à demander et n'a aucune poursuite à exercer quant à présent en ce qui concerne les loyers à échoir. Cependant la Cour de Paris, qui admet en général cette doctrine, la repousse pour le cas particulier où le locataire est en faillite. En effet, par un arrêt du 2 mai 1857, elle a confirmé purement et simplement un jugement du tribunal de Versailles, ainsi conçu : « Attendu qu'il résulte de la com-

suites, de procéder à des voies d'exécution, sur les meubles de son locataire en faillite, ce droit ne saurait lui être contesté; il

« binaison des art. 2102 du Code Napoléon et 819 du Code de procédure « civile que le propriétaire a un droit de gage sur les objets garnissant les « lieux, pour les loyers à échoir pendant toute la durée du bail authenti- « que par lui consenti; — Attendu que, si, au cas à la fois de cession du « bail et de vente desdits objets au cessionnaire, le propriétaire jusque-là « payé ne peut, en thèse générale, alors que son gage continue à subsister, « exiger sur le prix le solde de ses loyers à venir; il en est différemment « lorsque lesdites cession et vente ont eu lieu par suite de la faillite du « preneur; — Que, le débiteur, dans ce cas, se trouvant déchu du bénéfice « du terme, la créance du bailleur devient actuellement exigible; et, cette « créance étant de la totalité des loyers, c'est de ceux-ci que le propriétaire « doit dès lors être intégralement payé; — Attendu qu'il en doit d'autant « plus être ainsi lorsque, comme dans l'espèce, le bailleur a stipulé pour « le cas de cession la garantie solidaire du cédant; que cette garantie de- « viendrait évidemment illusoire après la réalisation de l'actif et sa distri- « bution aux autres créanciers de la faillite; que le propriétaire, en effet, « s'en trouverait privé au cas échéant, puisqu'il ne resterait rien sur quoi il pût « l'exercer... » (Dev.-Car., 57, 2, 727). Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre civile, le 7 décembre 1858 (Dev.-Car., 59, 1, 423).—Au fond, je comprends que dans l'espèce on ait admis le propriétaire à se faire payer, dès à présent, même des loyers non échus. Je le comprends, par suite de la clause du bail mentionnée dans le dernier *considérant* de l'arrêt de la Cour de Paris : le bailleur était privé de la garantie solidaire qu'il avait stipulée. Mais, en l'absence d'une clause de ce genre, je ne puis pas admettre que le bailleur dont le gage n'est pas diminué puisse se faire immédiatement payer des loyers à échoir, par cela seul que le locataire est en faillite. En effet, d'une part, il est universellement admis que le bénéfice du terme est perdu aussi bien par la déconfiture que par la faillite du débiteur; et, d'autre part, la disposition qui permet au bailleur de se faire payer dès à présent les loyers à échoir n'est pas purement et simplement l'application des art. 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de commerce, attendu que la créance du locateur pour les loyers futurs est en réalité une créance *conditionnelle* et non une créance *à terme*.

D'après cela, je ne puis aucunement approuver un autre arrêt de la Cour de Paris, du 2 janvier 1861, portant, dans un cas où le locataire en faillite avait obtenu un concordat et où les lieux loués étaient restés garnis comme précédemment, que le locateur pouvait exiger *hic et nunc* la totalité de ses loyers non échus, à moins que le montant n'en fût déposé à la caisse des consignations avec affectation au paiement desdits loyers au fur et à mesure de leur échéance (Dev.-Car., 62, 2, 50 en note). — Du reste, la Cour de Paris est revenue aux véritables principes, en décidant, par son arrêt du 12 décembre 1861, que le privilége du propriétaire porteur d'un bail au-

ne l'a non plus jamais été (1). Mais l'expérience avait démontré que, lorsque le propriétaire en usait sans ménagement et dès le premier moment de la faillite, il en résultait un grave préjudice pour tous les intéressés : car l'exploitation du fonds de commerce était forcément interrompue par la saisie et la vente des objets servant à cette exploitation; or, l'interruption de l'exploitation faisait perdre l'achalandage, elle amoindrissait singulièrement la valeur du fonds de commerce, qui, dans les petites faillites, constitue à peu près la totalité de l'actif, et qui dans toutes en constitue la partie la plus claire et la plus liquide. Il y avait donc ici à introduire une disposition nouvelle qui fût de nature à concilier les droits du propriétaire avec les intérêts de la masse. De là l'art. 450. Le législateur de 1838, tout en reconnaissant le droit du propriétaire de se faire payer, même après le jugement déclaratif, par voie de saisie, des termes de loyers échus (2), a voulu que l'exercice de ce droit fût soumis à une suspension forcée de trente jours. Voici le texte même de l'article : « Toutes voies d'exécution pour parvenir au paiement des « loyers sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du com- « merce du failli seront suspendues pendant trente jours à partir « du jugement déclaratif de faillite, sans préjudice de toutes « mesures conservatoires et du droit qui serait acquis au pro-

thentique ne peut s'exercer, pour les loyers à échoir, sur les objets et les marchandises garnissant les lieux loués au failli, que lorsque ces objets ont été vendus, et non lorsqu'ils garnissent encore les lieux et le fonds de commerce qui n'a point cessé d'être exploité (Dev.-Car., 62, 2, 59).

Sur toute cette matière du privilége du locateur, voy. l'ouvrage, malheureusement inachevé, de mon savant maître M. Valette (*Traité des privilèges et des hypothèques*, nos 50 et suiv.).

(1) Un arrêt de la Cour de Paris, du 27 décembre 1813, après avoir posé en principe « que les droits du propriétaire ne peuvent pas souffrir d'alté- « ration par la faillite du locataire, » ajoute que « néanmoins la poursuite « du syndic de la faillite, comme premier saisissant par l'apposition des « scellés, doit obtenir la préférence, à la charge seulement par lui de « faire les diligences nécessaires » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 231).

(2) Échus ou à échoir. Voy. p. 140, note.

« priétaire de reprendre possession des lieux loués. — Dans ce « cas, la suspension des voies d'exécution établie au présent « article cessera de plein droit » (1).

Mais il y a là une difficulté de principe. Il semble que la disposition de la loi n'atteindra pas le but auquel elle tend, la continuation de l'exploitation : car, à l'expiration des trente jours, on se trouvera dans la même position qu'après le jugement déclaratif, et l'exploitation cessera forcément; or, s'il en est ainsi, la suspension de trente jours est de peu d'intérêt pour la faillite. Voilà l'objection qu'on peut faire contre cette disposition nouvelle. Mais il faut répondre que ces trente jours sont accordés au failli et à ses créanciers afin de leur laisser le temps de se procurer les fonds qui leur sont nécessaires pour désintéresser le proprié-

(1) Le législateur de 1838 n'est pas arrivé du premier coup à formuler cette disposition. Le projet primitif du Gouvernement contenait un article ainsi conçu : « Toutes voies d'exécution pour parvenir au paiement des « créances privilégiées sur le mobilier dépendant de la faillite, autres que « les frais de justice faits dans l'intérêt de la masse, seront suspendues « jusqu'à l'expiration de la huitaine qui suivra la nomination des syndics « provisoires. » La première Commission de la Chambre des députés avait adopté complétement le principe de cet article, en se bornant à remplacer le délai de *huitaine* par un délai de *quinzaine*. Mais la disposition votée par la Chambre (séance du 16 février 1835) contenait plusieurs modifications importantes. Ainsi, le délai pendant lequel les voies d'exécution doivent être suspendues était allongé ; les frais de justice n'étaient pas traités autrement que les autres créances privilégiées; enfin le propriétaire locateur était mentionné d'une manière spéciale. Au surplus, voici le texte même de cette disposition : « Toutes exécutions pour parvenir au paiement des « créances privilégiées sur le mobilier dépendant de la faillite seront sus- « pendues jusqu'à la vérification de ces créances, sans préjudice de toutes « mesures conservatoires et des droits et actions du propriétaire dans le « cas où, soit par expiration du bail, soit par toute autre cause, il y aurait « lieu pour lui de rentrer en possession des lieux loués. » Enfin, dans le deuxième projet présenté par le Gouvernement, c'est seulement le droit du propriétaire locateur de pratiquer des exécutions sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce du failli, c'est seulement ce droit qui est suspendu, et il est suspendu pendant trente jours à compter du jugement déclaratif. Cette disposition a été adoptée; elle est devenue le 1er alinéa de notre art. 450. Quant au 2e alinéa du même article, il a été ajouté par la Commission de la Chambre des députés.

taire; et ces fonds, il sera bien rare qu'ils ne se les procurent pas : car il s'agit de sommes en général assez modiques, et, s'il le fallait, les syndics pourraient se faire autoriser à vendre des objets de la faillite jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour désintéresser le propriétaire (1).

Du but qu'on s'est proposé en introduisant cette suspension du droit de poursuite appartenant au propriétaire, il résulte plusieurs conséquences qu'il me suffira d'indiquer :

1° Cette suspension ne s'applique qu'aux poursuites que le propriétaire voudrait exercer sur des objets nécessaires à l'exploitation du commerce du failli, et non aux poursuites sur des objets servant à l'usage du failli (2);

2° Même pendant les trente jours, le propriétaire pourra faire des actes conservatoires, empêcher, par exemple, de dégarnir les

(1) Cette idée est exprimée dans le rapport fait par M. Quenault, au nom de la seconde Commission de la Chambre des députés : « Le Gouvernement, dit ce rapport, a pensé que, pour concilier dans une juste mesure « les intérêts de la masse avec ceux du propriétaire, on pourrait suspendre pendant l'espace de trente jours les voies d'exécution qui lui « appartiennent, afin de ménager aux créanciers le temps nécessaire « pour se réunir et se concerter sur les moyens de désintéresser le locateur. »

(2) Mais, d'un autre côté, il n'y a pas à distinguer entre le cas où le propriétaire veut entamer des poursuites après le jugement déclaratif et le cas où il veut seulement continuer après ce jugement des poursuites déjà entamées auparavant : par cela seul que l'adjudication n'a pas encore eu lieu avant le jugement déclaratif, il doit être sursis à tous actes de poursuites pendant trente jours à dater de ce jugement. C'est ce que la Cour suprême a reconnu, par un arrêt de cassation, du 26 août 1844, dont voici quelques *considérants* :

« Vu l'art. 450 du Code de commerce; — Attendu que l'adjudication « annoncée pour le 15 juillet était une continuation des voies d'exécution « suivies contre la demoiselle P.; — Que l'article précité suspend durant « trente jours, à partir du jugement déclaratif de la faillite, toutes voies « d'exécution à la requête du propriétaire, sans distinguer les cas où les « poursuites sont plus ou moins avancées; — Que le consentement de « toutes les parties à ce que l'adjudication ait lieu le 15 juillet eût été obligatoire si la déclaration de faillite n'était pas intervenue, mais ne pouvait « après cette déclaration être un obstacle à l'application de l'art. 450 précité.... » (Dev.-Car., 44, 1, 748).

lieux des objets qui s'y trouvent et qui sont le gage spécial des loyers à lui dus (1);

3° Si la durée du bail était expirée, la suspension n'aurait plus d'objet et cesserait : car on peut bien, en exécutant le bail, empêcher le propriétaire d'en faire prononcer la résolution ; mais, quand le bail est expiré, on ne peut, même en lui offrant un prix plus élevé, le forcer à le renouveler, attendu que nul ne peut être forcé de contracter. C'est ce que le législateur a formellement reconnu à la fin de notre art. 450 (2).

(1) Le propriétaire, qui peut ainsi retenir les meubles sur lesquels existe son privilége, pourrait même revendiquer ceux qui auraient été déplacés sans son consentement. Voy. les art. 2102-1° du Code Napoléon, 819 *in fine*, 826 et suiv. du Code de procédure.

(2) Comme l'a dit M. Quenault à la Chambre des députés, « on suppose « dans l'article que le propriétaire peut, en vertu d'un droit résultant de « son contrat, rentrer en possession des lieux loués au commerçant qui « est tombé en faillite. Dans le cas où le propriétaire est autorisé à rentrer « en possession, il ne conserve pas dans les lieux les objets servant à l'ex- « ploitation du commerce du failli. Le mobilier du failli est placé hors des « lieux. Dans ce cas-là, vous ne pourriez pas refuser au propriétaire tout « au moins l'exercice d'un droit de sequestre et de gage sur ce mobilier.— « La Commission a donc eu raison de dire que, dans ce cas-là, l'exercice « du droit du propriétaire, qui consiste à saisir et à faire vendre, cesserait « d'être suspendu, parce que la suspension du privilége du propriétaire « n'aurait plus d'utilité, et tournerait, au contraire, au préjudice de la « masse, au moyen du droit de gage et de sequestre dont elle serait obligée « de faire les frais. » Voy. M. Duvergier, *Collection des lois*, t. XXXVIII, p. 380.

— Si, le bail étant expiré, les syndics de la faillite du locataire avaient continué d'occuper les lieux contrairement à la volonté du locateur, celui-ci aurait droit à une indemnité, et ici il n'y aurait point à faire application de l'art. 450 : non-seulement le locateur pourrait exercer des poursuites immédiatement, mais il pourrait se faire payer sur tous les biens et préférablement à tous les créanciers de la faillite, attendu qu'en réalité c'est ici la masse de la faillite qui est débitrice. Cette idée a été consacrée par la Cour de cassation (arrêt de la Chambre civile, du 7 avril 1857), dans les termes suivants : « Attendu qu'il résulte, en fait, de l'arrêt attaqué que, « depuis la faillite H. L., ses syndics ont continué l'exploitation de l'usine « des *pompes hydrauliques françaises;* qu'ils se sont même perpétués dans « cette exploitation après l'expiration du bail, malgré la résistance de « V. et C^ie^ ; que, pour cette indue possession, ils ont été condamnés à des « dommages-intérêts ; que, dans cet état des faits, V. et C^ie^ avaient action « pour la restitution de la chose louée, non-seulement contre H. L., mais

L'art. 450 *in fine* a très-justement affranchi le propriétaire de cette suspension des voies d'exécution quand son bail est à terme, est expiré. Mais la loi s'est exprimée de telle façon, qu'on a cru pouvoir en tirer une autre conséquence. L'article dit, en effet : « Sans préjudice du droit qui serait acquis au propriétaire « de reprendre possession des lieux loués » (1). Ne peut-on pas conclure de ces expressions que, si au moment du jugement déclaratif le propriétaire avait déjà formé une demande en résiliation du bail pour non-paiement des loyers échus, il n'y aurait plus lieu à la suspension de trente jours, parce que, les jugements rétroagissant au jour de la demande, il serait censé avoir acquis dès ce jour-là le droit de reprendre possession des lieux ? Ce serait là une interprétation certainement erronée. En effet, c'est un principe général que les actions en résolution pour inexécution des obligations résultant du contrat n'opèrent pas de plein droit ; que le tribunal saisi de la demande peut, avant d'y faire droit, accorder au défendeur un délai pour exécuter son engagement, et, si l'exécution a lieu dans ce délai, la résiliation ne sera pas prononcée (2). Dès lors, il est clair que, tant que la résiliation n'est pas prononcée, encore bien qu'elle soit demandée, le propriétaire ne peut pas dire qu'il a droit acquis de reprendre possession des lieux loués.

Maintenant nous pouvons supposer que le bail porte qu'à défaut de paiement d'un terme de loyer, la résiliation aura lieu de plein droit : alors le propriétaire n'en serait pas moins

« même contre la masse des créanciers ; qu'en ordonnant que, à défaut de « la restitution en nature de cette chose, V. et C^ie^ seraient payés de sa va- « leur par préférence à tous les créanciers, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une « juste application des principes..... » (Dev.-Car., 58, 1, 51).

(1) Cette disposition est la preuve manifeste que le bail n'est pas résolu de plein droit par cela seul que le preneur est déclaré en faillite.

(2) Voy. l'art. 1184 du Code Napoléon. — La résolution ayant été prononcée en 1^re^ instance, s'il y a appel, la partie qui n'a pas exécuté ses obligations peut encore échapper à la résolution en les exécutant avant que la Cour n'ait confirmé le jugement de 1^re^ instance. En effet, la Cour pourrait accorder un délai pour l'avenir : à plus forte raison peut-elle tenir pour bonne l'exécution qui a déjà eu lieu.

tenu de faire une sommation au locataire, et ce ne serait qu'après cette sommation demeurée infructueuse que la résiliation aurait lieu ; mais, la sommation une fois faite, le tribunal ne pourrait pas accorder de délai (1). Sans doute le propriétaire ne pourrait plus faire cette sommation après le jugement déclaratif, ou du moins la sommation faite après le jugement déclaratif n'empêcherait pas la suspension ; mais s'il l'avait faite avant, il serait parfaitement autorisé à dire qu'il a droit acquis à reprendre possession des lieux loués, et que la suspension de trente jours cesse. C'est ce qui explique pourquoi dans l'art. 450 on n'a pas dit simplement « *sans préjudice du cas où le bail serait expiré.* » En effet, il faut assimiler complétement au cas d'expiration du bail, non-seulement celui où la résiliation aurait été dûment et définitivement prononcée avant le jugement déclaratif, mais encore celui où, le bail contenant la clause de résiliation de plein droit faute de paiement d'un terme de loyer, il y aurait eu sommation faite au failli avant le jugement déclaratif. On peut même soutenir que la sommation serait encore faite utilement après ; mais je crois que le failli et les syndics auraient alors pour y répondre le délai de trente jours (2).

(1) La loi l'a dit expressément en ce qui concerne la vente d'immeubles (C. Nap., art. 1656).

(2) Je n'aperçois pas bien clairement ce que M. Bravard a voulu dire par cette dernière phrase. Supposons que le bailleur a fait sommation de payer, par exemple quinze jours après le jugement déclaratif : notre auteur veut-il dire que, pendant les trente jours qui suivent la sommation, le bailleur ne peut exercer aucunes poursuites ni pour se faire payer ni pour rentrer en possession? Si telle est sa pensée, je ne puis pas l'approuver : car, d'après l'article, c'est toujours à dater du jugement déclaratif que les trente jours commencent à courir. A mon sens, la sommation ayant eu lieu avant le jugement déclaratif, les choses se passeront comme si ce jugement ne fût pas intervenu ; la sommation n'étant faite que depuis le jugement déclaratif, le bailleur devra seulement attendre que trente jours aient couru depuis ce jugement pour procéder à des actes d'exécution. En un mot, de même que le point de départ des trente jours est le jugement déclaratif, de même, quand l'article parle du droit acquis au propriétaire de reprendre possession des lieux loués, il suppose que ce droit est acquis lorsqu'intervient le jugement déclaratif.

4° *Contrainte par corps.*

Je passe à une autre mesure qui doit être prescrite par le jugement déclaratif, et qui est le complément de la suspension des poursuites sur les biens. Je veux parler de la suspension des poursuites contre la personne, en d'autres termes, de la suspension de la contrainte par corps.

La contrainte par corps n'est pas une peine; c'est simplement un moyen de rigueur admis pour amener, s'il est possible, le débiteur à payer, et à se servir, pour cela, de ses ressources cachées s'il en a (1). Or n'est-il pas évident que, dès que le débiteur est dessaisi, il n'a plus en fait la possibilité de payer? Dès ce moment, en effet, les syndics ont le droit et les moyens de rechercher tout ce qui peut appartenir au débiteur et de le faire entrer dans la masse. N'est-il pas évident, d'ailleurs, que le paiement qui serait fait par le débiteur dessaisi serait radicalement nul, et que le créancier serait tenu de rapporter la somme qu'il aurait reçue? La contrainte par corps serait donc sans objet, à ces deux points de vue. L'exercice en doit donc être suspendu : car, encore une fois, le créancier, ne pouvant se procurer son paiement par des poursuites sur les biens du débiteur, ni le recevoir de lui, le créancier doit s'abstenir d'une rigueur inutile et sans objet. Aussi l'art. 455 *in fine* dit-il qu'*il ne pourra en cet état être reçu, contre le failli, d'écrou ou recommandation pour aucune espèce de dettes*, c'est-à-dire que le failli ne pourra être ni mis en état d'arrestation, ni retenu en prison pour dettes, à la requête d'aucun créancier (2).

(1) La règle générale en matière commerciale est que la contrainte par corps peut être exercée contre toute personne condamnée au paiement d'une somme principale d'au moins deux cents francs. Voy. loi du 17 avril 1832, art. 1er.

(2) L'art. 455 *in fine* du Code de 1808 disait déjà : « Il ne pourra, en cet « état, être reçu, contre le failli, d'écrou ou recommandation, en vertu « d'aucun jugement du tribunal de commerce. »

Toutefois, le débiteur pourra être incarcéré dans l'intérêt général de la masse, et il devra l'être en vertu du jugement déclaratif, s'il n'a pas lui-même déclaré la cessation de ses paiements et déposé son bilan (1). Mais le tribunal pourra, après l'examen de ses livres et papiers, et si cet examen ne fournit aucune charge contre le failli, lui accorder un sauf-conduit (2).

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 455 et le 1er alinéa de l'art. 456; et, ci-dessus, p. 115 et suiv.

(2) Art. 472. « Le juge-commissaire, d'après l'état apparent des affaires « du failli, pourra proposer sa mise en liberté avec sauf-conduit provisoire « de sa personne. Si le tribunal accorde le sauf-conduit, il pourra obliger « le failli à fournir caution de se représenter, sous peine de paiement « d'une somme que le tribunal arbitrera et qui sera dévolue à la masse. »

Art. 473. « A défaut, par le juge-commissaire, de proposer un sauf-conduit pour le failli, ce dernier pourra présenter sa demande au tribunal « de commerce, qui statuera, en audience publique, après avoir entendu le « juge-commissaire. »

Il résulte évidemment de ces articles qu'il n'y a que le tribunal de commerce qui ait qualité pour accorder au failli un sauf-conduit. Et cette observation suffit déjà pour nous amener à décider que la sommation faite au failli d'assister à la vérification des créances n'équivaut pas à un sauf-conduit : en effet, cette sommation n'émane pas du tribunal de commerce. Il est cependant arrivé qu'un failli, qui s'était présenté sur la sommation dont il s'agit et qui avait été incarcéré, a réclamé; mais le tribunal de Clermont (Oise), par jugement du 24 juillet 1839, a repoussé sa réclamation : « Attendu que l'obligation de se présenter en personne à la vérification « des créances n'est imposée au failli par le nouvel art. 505 du Code de « commerce qu'autant qu'il a été dispensé de la mise en dépôt ou qu'il a « obtenu un sauf-conduit; que, hors ces deux hypothèses, c'est à lui à « calculer les chances de sa comparution et à se prémunir contre les conséquences qu'elle peut entraîner, sans que son incarcération, dans ce cas, « puisse être considérée comme une surprise de la part de ses créanciers, « qui n'ont fait qu'user d'un droit résultant en leur faveur du jugement de « déclaration de faillite. » Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour d'Amiens, du 20 août 1839, qui adopte purement et simplement les motifs des premiers juges (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 386).

Ainsi, le sauf-conduit ne peut jamais être accordé au failli que par une décision expresse du tribunal de commerce. Du reste, je crois, avec MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 485) et Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 291), que le failli pourrait obtenir un sauf-conduit du tribunal, non-seulement quand il a été incarcéré ou retenu en prison en vertu de la disposition du jugement déclaratif, mais même quand il a réussi à se soustraire à l'exécution de cette disposition.

On a prétendu, en se fondant sur les termes de l'art. 456, que, si au moment du jugement déclaratif le failli était déjà incarcéré pour dettes à la requête d'un créancier, le tribunal ne pourrait pas plus tard lui accorder un sauf-conduit. Mais tout ce qui résulte de l'art. 456, c'est que le tribunal devrait, par le jugement déclaratif, maintenir provisoirement le failli en état d'arrestation, sans préjudice du droit de lui accorder plus tard, s'il y a lieu, un sauf-conduit. L'art. 472 ne subordonne nullement la concession de ce sauf-conduit au consentement du créancier incarcérateur; et, puisque, aux termes de l'art. 455 *in fine*, le droit que peut avoir un créancier de faire mettre ou de retenir le débiteur en prison cesse à partir du jugement déclaratif, il est clair qu'aucun créancier n'a qualité pour s'opposer, dans son intérêt particulier, à ce qu'il soit accordé un sauf-conduit au failli. Des Cours d'appel s'y sont pourtant méprises; mais aujourd'hui la jurisprudence est fixée dans le sens que j'indique (1).

(1) Voy., ci-dessus, p. 119. Aux termes d'un arrêt de la Cour de Riom, du 21 janvier 1839, « lorsque l'incarcération du failli est antérieure à sa « déclaration, sa mise en liberté ne peut être ordonnée que par les tribu- « naux civils, et dans les cas prévus par l'art. 800 du Code de procédure. » Mais, le 31 août de la même année, la Cour de Paris faisait de la loi une application plus exacte, en décidant que les art. 472 et 473 « n'admettent aucune distinction entre le failli incarcéré antérieurement à la faillite en vertu d'un jugement de contrainte par corps, et le failli incarcéré postérieurement à la faillite par le dépôt de sa personne ordonné par le tribunal de commerce; qu'il résulterait du système contraire, au profit du créancier incarcérateur, un privilége destructif du principe d'égalité entre tous les créanciers en matière de faillite » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 389). — La Cour de Caen a également consacré les véritables principes par son arrêt du 19 février 1859. Cet arrêt est motivé avec beaucoup de soin, et je vais, en conséquence, en reproduire ici les *considérants* :

« Considérant que, par l'effet du jugement déclaratif de la faillite, le « failli est, de plein droit, dessaisi de l'administration de tous ses biens, « même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite « (C. de comm., art. 443); — Qu'il ne peut plus rien payer à aucun de ses « créanciers, et que dès lors toutes actions individuelles, soit contre sa « personne, soit contre ses biens, leur sont interdites;..... — Que la con- « trainte par corps résultant de condamnations commerciales n'est qu'un

L'art. 455 a fait naître une autre question : on s'est demandé si des créanciers postérieurs au jugement déclaratif ne pourraient pas exercer la contrainte par corps contre le failli. Il semble qu'ils en ont le droit : car ils ne sont pas créanciers de la faillite, ils sont simplement créanciers du failli, et ce dernier ne paraît pas recevable à se prévaloir contre eux de sa faillite pour

« mode d'exécution tendant à obtenir paiement ; que, par conséquent, dès « que le paiement est impossible, cette contrainte par corps n'a plus « d'objet, et que, de même que son exercice est paralysé s'il n'a pas « encore eu lieu, de même son effet cesse si elle a été précédemment « exercée, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, elle ne peut plus « atteindre son but ; — Que seulement, dans le dernier cas, elle a pour « résultat, d'après l'art. 456, de mettre obstacle à ce que le failli soit affran- « chi, par le jugement même de déclaration de faillite, du dépôt de sa per- « sonne dans la maison d'arrêt pour dettes ou de sa garde par un officier « de police ou de justice ; mais qu'il ne reste plus dans la maison d'arrêt « qu'à ce titre de dépôt, et que le tribunal de commerce n'en conserve pas « moins le droit, dans ce cas comme dans celui où le même art. 456 or- « donne nécessairement le dépôt, parce que le failli ne s'est pas conformé « aux art. 438 et 439, de lui accorder ultérieurement un sauf-conduit, aux « termes des art. 472 et 473, lorsque, soit sur la proposition directe du juge- « commissaire, soit au moins après l'avoir entendu, il regarde cette mesure « comme utile aux intérêts de la masse... ; — Considérant que, si l'on ad- « mettait qu'un créancier qui a fait incarcérer son débiteur avant la faillite « eût le droit, sans aucun intérêt légitime, de le maintenir en prison et « d'empêcher le tribunal de commerce d'accorder un sauf-conduit, il en « résulterait cette conséquence désastreuse qu'il dépendrait de lui de cau- « ser ainsi quelquefois, par pure méchanceté, un préjudice considérable à « la masse des créanciers, s'il s'agissait de quelque grand intérêt pour « lequel la mise en liberté provisoire du failli serait indispensable ; que ce « serait calomnier la loi que de lui donner un pareil sens ; — Considérant « qu'il résulte de tout ce qui vient d'être dit que le tribunal de commerce « de Caen était en droit, nonobstant l'incarcération pour dettes de D. à la « requête de H., d'accorder audit D., comme il l'a fait par son jugement « du 10 février dernier, un sauf-conduit provisoire de trois mois ; que, « quant à la question de savoir s'il a fait un usage convenable de ce droit « d'après les circonstances particulières du fait, la Cour ne peut pas avoir « à s'en occuper, puisque l'art. 583 du Code de commerce n'admet ni op- « position, ni appel, ni recours en cassation contre ces sortes de juge- « ments... » (Dev.-Car., 59, 2, 291).

Tous les auteurs décident aussi en ce sens. Voy. MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 484), Bédarride (*op. cit.*, t. I, nos 295 et 296), Dalloz (*Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, no 389) et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, no 1734).

se soustraire à une mesure de rigueur à laquelle il ne pourrait se soustraire s'il était dans une meilleure position. Tant pis pour le failli s'il a contracté des dettes après le jugement déclaratif! Les créanciers, à défaut d'autre garantie, auront au moins celle de la contrainte par corps (1).

Cependant la Cour d'appel de Paris a jugé que les créanciers postérieurs au jugement déclaratif ne peuvent, pas plus que les créanciers antérieurs, user contre le failli de la contrainte par corps, et elle s'est fondée sur ces mots de l'art. 455 *in fine*, « pour aucune espèce de dettes » (2). Mais, en réalité, ces expressions sont étrangères à la question dont il s'agit. Elles ont été insérées dans le nouvel art. 455 pour prévenir un doute qui s'était élevé sous l'empire de l'ancien texte, lequel se bornait à dire qu'il ne pourrait être reçu, contre le failli, d'écrou ou de recommandation en vertu d'aucun jugement du tribunal de commerce (3), d'où l'on pouvait conclure par *à contrario* qu'il fallait décider autrement pour les jugements des tribunaux civils (4). C'est pour empêcher qu'on ne pût désormais pré-

(1) M. l'avocat général Moreau a conclu en ce sens devant la 2e Chambre de la Cour de Paris. Nous allons voir immédiatement que l'arrêt a été rendu contrairement à ses conclusions.

(2) M. Bravard a sans doute en vue deux arrêts, l'un rendu par la 2e Chambre le 29 novembre 1858, l'autre rendu par la 3e Chambre le 19 février 1859. Dans le premier nous lisons ce qui suit : « Considérant qu'aux « termes de l'art. 455 du Code de commerce il ne peut être reçu contre le « failli d'écrou ni recommandation pour aucune espèce de dettes; que « cette disposition est absolue et ne distingue pas entre les dettes antérieures et celles postérieures à la faillite...» De même, dans le deuxième arrêt, il est dit « qu'aux termes de l'art. 455 du Code de commerce il ne « peut être reçu contre le failli d'écrou ou recommandation pour aucune « espèce de dettes; que de la généralité de ces termes il ressort clairement « qu'aucune distinction n'est à faire entre les dettes antérieures et les « dettes postérieures à la faillite... » (Dev.-Car., 59, 2, 291).

(3) Voy., ci-dessus, p. 148, note 2.

(4) M. Pardessus enseignait effectivement que le failli pouvait être incarcéré ou recommandé pour *dettes civiles;* et ces mots devaient logiquement s'entendre de toutes les condamnations *non pénales*, prononcées soit par les tribunaux civils, soit par les tribunaux administratifs, soit par les tribunaux de répression (voy. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 579).

tendre qu'il y avait à cet égard quelque distinction à faire entre les dettes civiles et les dettes commerciales, qu'on a dit, dans l'art. 455, *pour aucune espèce de dettes*, c'est-à-dire soit civiles, soit commerciales (1). Mais on n'a pas eu l'idée d'opposer ici les dettes postérieures et les dettes antérieures au jugement déclaratif.

Il faut donc faire abstraction de ces termes et décider la question par les principes qui la régissent. Or, il est de principe que les dettes contractées après le jugement déclaratif ne peuvent être opposées aux créanciers de la faillite : elles sont censées ne pas exister à leur égard. Dès lors elles ne peuvent changer les rapports établis entre les créanciers de la faillite et le failli, elles ne peuvent priver le failli d'une liberté qui lui a été accordée bien plus dans l'intérêt de ses créanciers que dans le sien. C'est là la vraie raison de décider.

— Une dernière observation sur cette suspension de la contrainte par corps. Bien que la suspension dont il s'agit soit écrite dans le nouveau comme dans l'ancien texte du Code, et qu'elle résulte des principes fondamentaux de la matière, elle est généralement peu comprise, et elle a été plus d'une fois méconnue. Ainsi, pour en citer un exemple assez récent, on a rendu en 1856 une loi (2) sur une espèce de concordats dont le Code de commerce ne s'était pas occupé, sur ce qu'on appelle *les concordats par abandon;* et, dans l'exposé des motifs, ainsi que dans le rapport qui a précédé l'adoption de la loi, ce que l'on a présenté comme étant le principal avantage des concordats de cette espèce, c'est qu'ils fournissent au failli le moyen de s'affranchir de la contrainte par corps contre laquelle il n'a pas la ressource de la cession de biens, celle-ci étant refusée à tous les commerçants par l'art. 541 ; et voilà précisément pourquoi on a rattaché à cet art. 541 les dispositions nouvelles sur les concordats par abandon. Or ces concordats ne peuvent intervenir qu'après

(1) Voy., en ce sens, M. Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 176.
(2) Loi du 17 juillet, promulguée le 23 juillet 1856.

le jugement déclaratif, et avant que les opérations de la faillite soient terminées, par conséquent à un moment où le failli n'est pas contraignable par corps : ils ne peuvent, dès lors, avoir pour objet de l'exonérer de la contrainte par corps. On n'aurait donc pas dû rattacher ces dispositions à l'art. 541, dont le principe y est complétement étranger; on aurait dû les rattacher à un des articles relatifs au concordat ordinaire, articles auxquels les concordats par abandon apportent une dérogation.

5° *Exigibilité des dettes.*

Je passe à un autre effet du jugement déclaratif ou plutôt du dessaisissement, — effet qui, comme le dessaisissement, est une condition implicite, mais nécessaire, du jugement déclaratif. Je veux parler de l'exigibilité des dettes non échues (1). C'est l'objet de l'art. 444, dont le 1er alinéa est ainsi conçu : « Le « jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du « failli, les dettes passives non échues » (2).

Quelle est la cause de cette exigibilité et à quoi tend-elle ? Elle tient à une donnée générale, et aussi à une donnée spéciale. En effet :

(1) Il paraît que les jurisconsultes romains admettaient déjà quelque chose d'analogue à cette exigibilité, en cas d'insolvabilité ou de déconfiture du débiteur; et même, à cet égard, ils mettaient sur la même ligne le créancier conditionnel et le créancier à terme. Voici, du moins, comment s'exprime le jurisconsulte Paul, L. 6 pr. *Quibus ex causis in posses. eatur* (Dig., XLII, 4) : « *In possessionem mitti solet creditor, etsi sub conditione* « *pecunia ei promissa sit.* » Et spécialement dans le cas où un débiteur solvable est mort laissant pour héritier un insolvable, si la *venditio bonorum* est demandée, la séparation des patrimoines pourra être obtenue par tout créancier du défunt, n'eût-il qu'une créance à terme ou conditionnelle. C'est ce que dit Papinien, L. 4 pr. *De separationibus* (Dig., XLII, 6) : « *Creditoribus, quibus ex die vel sub conditione debetur, et propter hoc non-* « *dum pecuniam petere possunt, æquè separatio dabitur : quoniam et ipsis* « *cautione communi consuletur.* » Voy. enfin Gaius, Comment. IV, § 67.

(2) Le Code de 1808 disait, dans le 1er alinéa de son art. 448 : « L'ouver- « ture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues. »

1° Quand on accorde crédit à son débiteur, c'est qu'on a confiance dans sa solvabilité; or, s'il vient à faire faillite, cette confiance ne peut plus exister : donc le terme est désormais sans cause (1);

2° Le débiteur, une fois qu'il est dessaisi, n'a aucun intérêt à réclamer le bénéfice du terme; il est, au contraire, de son intérêt, comme de celui de la masse des créanciers, que tous les créanciers soient admis à participer aux opérations de la faillite et finalement aux répartitions.

Cette dernière observation indique le but de l'exigibilité dont il s'agit : elle tend à établir l'égalité entre tous les créanciers. Elle n'autorise donc pas les créanciers à terme à faire des actes d'exécution, puisque ceux même dont les créances sont échues n'en ont pas le droit; mais elle est destinée à faciliter la liquidation de la faillite, en mettant tous les créanciers sur la même ligne. Comment, en effet, liquider la faillite, accomplir des actes qui affectent le gage de tous les créanciers, qui peuvent même le faire disparaître, sans les y appeler tous? De là l'exigibilité (2).

(1) C'est ce que disait déjà Pothier : « Le terme accordé par le créancier « au débiteur est censé avoir pour fondement la confiance en sa solvabi- « lité : lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme cesse. « De là il suit que, lorsque le débiteur a fait faillite et que le prix de ses « biens est distribué entre les créanciers, le créancier peut toucher, quoi- « que le terme de la dette ne soit pas expiré. C'est une différence entre le « terme et la condition : car le créancier conditionnel, en ce cas, n'a pas « le droit de toucher, mais seulement d'obliger les autres créanciers qui « toucheront à s'obliger de rapporter à son profit si par la suite la condi- « tion existe » (*Traité des obligations*, n^os^ 234 et 235). Pothier, dans ce passage, comprend certainement sous le nom de *faillite* ce que nous appelons la *déconfiture*; et de même il est universellement admis que la règle posée dans l'art. 1188 du Code Napoléon s'applique au cas de déconfiture comme au cas de faillite proprement dite.

(2) Non-seulement le créancier à terme peut prendre part à toutes les opérations de la faillite comme les créanciers purs et simples; mais, le terme ne fût-il pas encore échu lors des répartitions, ce créancier n'en aurait pas moins le droit de toucher son dividende. Au contraire un créancier conditionnel peut bien, lui aussi, par application de l'art. 1180 du Code Napoléon, qui lui permet de faire tous actes conservatoires de son droit, prendre part aux opérations de la faillite; mais, si la condition est

En définitive et à proprement parler, après le jugement déclaratif et dans les rapports des créanciers avec la masse, il ne s'agit plus de *créances;* elles se sont transformées en *droits à un dividende*. Or, que la créance soit à terme ou non, sa transformation en droit à un dividende ne s'en opère pas moins, et de la même manière pour tous les créanciers : le droit est donc pur et simple pour tous. Il dérive du gage qu'ont les créanciers sur les biens du débiteur, gage qui ne peut aboutir désormais qu'à un dividende. Dès lors, on le voit, l'exigibilité, ramenée à sa véritable cause, à son véritable principe, ne saurait souffrir la moindre difficulté : elle est, je le répète, la conséquence forcée de la conversion de toute créance en droit à un dividende (1).

Cependant on s'est demandé si les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis, ayant le droit de faire des actes d'exécution (2), ne pourraient pas y procéder en vertu du principe de l'exigibilité et sans attendre que le terme de leur créance fût arrivé. On a soutenu, et des arrêts ont jugé qu'en effet ces créanciers étaient compris comme tous les autres dans l'art. 444, qui déclare exigibles toutes les dettes passives non échues; et qu'ainsi, aux termes de l'art. 571 combiné avec l'art. 444,

encore *in pendenti* lors des répartitions, il ne pourra pas toucher son dividende : le montant en sera déposé à la caisse des dépôts et consignations, pour être remis à lui-même ou à la masse des créanciers lorsque la condition sera accomplie ou défaillie. On pourrait aussi, comme l'indique Pothier (voy. la note précédente), le faire toucher provisoirement aux autres créanciers, sauf à eux à fournir caution de le restituer au créancier conditionnel en cas d'arrivée de la condition. Comp. M. Duranton, t. XI, n° 69. Au contraire, suivant M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, no 93), le créancier conditionnel peut toucher son dividende, comme les autres créanciers; seulement il donne caution de le rendre (probablement avec les intérêts) dans le cas où la condition viendrait à défaillir.

(1) Evidemment, pour que cette transformation puisse se concevoir, il faut avant tout qu'il y ait un droit de créance. Or, là où existe une condition suspensive, on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'il y ait dès à présent un droit de créance. Ainsi s'explique que notre art. 444 parle seulement des dettes *non échues*, ce qui ne comprend certainement pas les dettes *conditionnelles*.

(2) Voy., ci-dessus, p. 131 et suiv.

ils avaient le droit de commencer des poursuites en expropriation, sans attendre que leurs créances fussent échues, puisqu'elles étaient dès à présent exigibles (1). Mais il y a là, ce me

(1) Voici d'abord comment s'exprime la Cour de Bordeaux, dans un arrêt rendu le 4 juin 1832, par conséquent sous l'empire du Code de 1808 :

« La Cour,

« ..... Attendu qu'il est vrai que P., aux termes du contrat, ne pouvait « vendre l'immeuble qui lui était hypothéqué que dans le cas où les débi- « teurs laisseraient un semestre d'intérêts sans paiement, et où il ne serait « pas remboursé en capital et intérêts à l'époque de l'exigibilité de l'obli- « gation, c'est-à-dire dans le délai de cinq ans; que les intérêts ne sont « point en retard et que le terme de cinq ans n'est pas expiré; mais que « les sieurs L. et fils ont été déclarés en faillite par jugement du tribunal « de commerce; que l'art. 448 du Code de commerce dispose que l'ouver- « ture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues; que la « loi ne fait aucune distinction entre les créances chirographaires et les « hypothécaires; — Que l'hypothèque est sans doute une sûreté de plus « accordée au créancier; que néanmoins elle n'est qu'un accessoire de « l'obligation personnelle; qu'il faut reconnaître que le créancier a suivi « la foi d'un débiteur notoirement solvable au moment du contrat, et que, « lorsque celui-ci est déclaré insolvable par l'ouverture de la faillite, la « situation du créancier change, et qu'il est juste qu'il puisse faire ses « diligences pour obtenir, sur l'actif de la faillite, un paiement qu'il « ne peut plus attendre des promesses et du crédit de son débiteur... ; « — Attendu que, si les sieurs L. et fils sont privés du bénéfice du terme « stipulé par le contrat, c'est la conséquence d'un fait qui leur est person- « nel; que, dans l'esprit du contrat, la faculté de vendre pourrait être « exercée lorsque la créance serait exigible, et que ce droit a été « ouvert aussitôt que l'exigibilité est résultée de l'ouverture de la faillite;

« ..... Tollit les inhibitions provisoires accordées aux syndics des créan- « ciers de L. et fils; permet à P. de donner suite à ses commandements et « de faire procéder à la vente de la maison à lui hypothéquée » (Dalloz, (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 246).

M. Laroque-Sayssinel, qui a publié en 1860 un ouvrage utile sur les *faillites et banqueroutes*, s'exprime dans les termes suivants, aux nos 6 et 7 de son commentaire sur l'art. 444 : « L'arrêt de la Cour de Bordeaux, « rendu sous l'ancienne législation des faillites, et dont la doctrine pouvait « alors être contestée, est aujourd'hui hors de toute discussion, d'après « l'art. 571 de la nouvelle loi. — Comme aussi le créancier privilégié peut, « en cas de faillite de son débiteur, faire saisir et vendre sur celui-ci des « effets mobiliers affectés par privilége au paiement de sa créance à « terme, rendue exigible par la faillite. Cass., 10 mai 1809 (Sir., 9, « 1, 259). »

La Cour d'Angers s'est effectivement prononcée en ce sens, par un arrêt

semble, une confusion d'idées, un amalgame de deux principes contradictoires et inconciliables : car, si les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis, peuvent faire des poursuites en expropriation après le jugement déclaratif, c'est parce que, en cette qualité, ils sont considérés comme étant en dehors de la faillite et comme restant sous l'empire du droit commun. Dès lors, comment pourraient-ils rattacher à cette qualité un effet de la faillite, un effet qui ne concerne que les personnes comprises dans la faillite ? En tant que créanciers, sans doute ils y

du 15 mai 1861, infirmatif d'un jugement du tribunal de La Flèche : « Attendu, dit la Cour, que l'art. 444 du Code de commerce n'est que le « rappel de la disposition de l'art. 1188 du Code Napoléon, qui déclare « déchu du bénéfice du terme le débiteur failli ; que la loi prononce la « même déchéance à l'égard du débiteur tombé en déconfiture; qu'on ne « concevrait pas qu'il en fût autrement dans ces deux situations, qui néces- « sitent la liquidation des affaires du débiteur et la réalisation de tout son « actif, devenu insuffisant pour acquitter ses dettes; — Attendu que cette « règle est sans exception dans le droit commun, et que le Code de com- « merce n'a voulu ni pu y déroger; qu'aussi l'art. 444 est absolu dans ses « termes, et répugne à une interprétation qui tendrait à en excepter les « créances hypothécaires non échues au jour du jugement déclaratif de la « faillite ; que ceux qui veulent créer cette exception tendent, non à une « interprétation, mais à une véritable abrogation partielle de l'article; — « Que cette seule raison suffirait pour écarter leurs raisonnements ; mais, « en examinant le système plaidé par les intimés et admis par les premiers « juges, on reconnaît que même rationnellement il ne pourrait prévaloir « sur celui du texte et de l'esprit de l'art. 444 : en effet, les mêmes raisons « qui ont décidé cet article au point de vue des créances chirographaires « sont applicables à celles qui reposent sur une hypothèque ou un privi- « lége, et la loi des faillites n'a point mis à l'écart ces dettes pour ne s'oc- « cuper que des dettes chirographaires; elle en conduit, au contraire, de « front le règlement : ainsi, elle appelle les créanciers hypothécaires à « prendre part aux distributions, s'ils le jugent convenable; la Section 3 « du Chapitre VII, qui envisage leur liquidation, soit avant la réalisation de « leur gage, soit après, ne laisse point aux syndics la faculté de les ajour- « ner à l'expiration du terme de leurs créances ; il est même de l'intérêt « commun que l'hypothèque soit réalisée de suite, pour qu'on sache si elle « laissera quelque chose afférent à la masse chirographaire ; enfin, menacé « de voir les intérêts courus depuis la faillite perdre leur gage, et en pré- « sence d'un débiteur dessaisi de l'administration de ses biens, qui restent « souvent improductifs, le créancier hypothécaire a le plus grand intérêt à « faire vendre les immeubles hypothéqués..... » (Dev.-Car., 61, 2, 442).

sont compris; mais ce n'est pas comme simples créanciers qu'ils peuvent faire des poursuites, c'est uniquement comme créanciers hypothécaires, etc.; or, en cette dernière qualité, ils sont, je le répète, en dehors de la faillite, ils ne sont régis que par le droit commun. Par conséquent, ils doivent attendre que leurs créances soient à terme, car c'est la condition exigée par le droit commun (1).

(1) J'admets bien, avec la Cour d'Angers (voy. la note précédente), que, lorsqu'il s'agit d'un débiteur en déconfiture, le créancier hypothécaire peut, avant l'échéance du terme, exercer des poursuites sur l'immeuble hypothéqué; il peut même en exercer sur les autres biens du débiteur, sauf l'application de l'art. 2209 du Code Napoléon. Cela tient à ce que, dans le cas de déconfiture, il n'y a point, comme dans le cas de faillite, des administrateurs chargés de réaliser l'actif du débiteur. Cette différence fondamentale ne permet pas d'étendre au cas de faillite la faculté que j'admets pour le cas de déconfiture. Dans le cas de faillite, c'est seulement après que l'immeuble hypothéqué aura été vendu par les soins des syndics que le créancier hypothécaire pourra venir invoquer le bénéfice des art. 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de commerce.

La doctrine de M. Bravard me paraît donc parfaitement fondée. Et je la trouve consacrée dans l'arrêt de la Cour de Paris, du 12 décembre 1861, où il est dit « que l'exigibilité résultant de la faillite ne produit pas les mêmes « effets que l'échéance ordinaire; qu'elle a pour objet, non de donner au « créancier à terme le moyen d'exercer individuellement une action contre « le failli ou son syndic, afin de se faire attribuer, à l'exclusion des autres « créanciers et par préférence, la partie de l'actif nécessaire au paiement « intégral de sa créance, mais uniquement de l'appeler à concourir aux « opérations de la faillite, à y produire, à s'y faire admettre et à prendre « part aux répartitions comme si sa créance était échue;..... qu'en vertu « des art. 1188 et 444 le créancier privilégié ne peut user de l'exigibilité, « qu'ils déclarent et qui prend sa source dans la faillite, qu'en se soumet- « tant à la loi commune à tous les créanciers ordinaires, c'est-à-dire par « la voie du concours à la distribution et en subissant le sort et les réduc- « tions que subissent les autres créances..... » (Dev.-Car., 62, 2, 49).

Voy., en ce sens, MM. Renouard (*op. cit.*, t. II, p. 332), Bédarride (*op. cit.*, t. III, n° 1083), Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 246) et Périnet (*Thèse pour le doctorat* déjà citée, p. 123). — M. Alauzet dit également très-bien (*op. cit.*, t. IV, n° 1676) : « En ce qui concerne les créanciers pri- « vilégiés et hypothécaires, il est certain qu'ils ne pourraient invoquer « l'exigibilité pour provoquer la vente immédiate ou l'expropriation de « l'immeuble; ils doivent attendre le résultat des opérations de la faillite, « par suite desquelles on procédera à la contribution ou à l'ordre, ce qui « leur donnera le moyen d'être payés. » Mais il a tort d'ajouter que *tous*

Mais il reste un autre point à examiner : Si en vertu de l'exigibilité il n'est pas permis de faire des poursuites en expropriation, même quand on serait créancier hypothécaire, quoiqu'on le pût si la créance était échue, ne faut-il pas du moins admettre que cette exigibilité autorisera des compensations ? Supposons, par exemple, qu'un créancier, à qui il est dû par le failli 10,000 francs, lui doive de son côté une somme égale : si les 10,000 francs qu'il doit au failli sont échus, quand même ceux qui lui sont dus par le failli ne seraient pas échus, comme le jugement déclaratif les rend exigibles, le créancier ne serait-il pas en droit de dire : « Il y a compensation entre ce que je dois au failli et ce qui m'est dû par lui : je suis donc quitte envers la faillite, et elle est quitte envers moi » ? Non, il n'en aura pas le droit. En effet, ce qu'il doit au failli, c'est bien une somme de 10,000 francs : il sera donc tenu de payer cette somme à la faillite qui succède aux droits du failli. Mais ce ne sont pas 10,000 francs qui lui sont dus par la faillite; c'est seulement une part de l'actif proportionnelle à ces 10,000 francs, un dividende corrélatif à sa créance. Il ne peut donc pas compenser une dette de 10,000 francs dont il est tenu, et qui est liquide et exigible, avec un dividende dont le chiffre est incertain et qui n'est pas exigible. Il n'y a véritablement pas de compensation possible, puisque nous avons, d'un côté, une dette proprement dite, et, de l'autre, un simple droit à un dividende. Tout ce qu'il serait possible d'admettre, c'est que, si, quand le montant des dividendes sera fixé, quand la répartition des dividendes sera ordonnancée, en un mot, quand les dividendes seront exigibles, si, dis-je, l'un des créanciers était à ce moment

les auteurs sont en ce sens. — Enfin M. Laroque-Sayssinel s'exprime très-exactement lorsqu'il dit, sur l'art. 571 (1re partie, p. 579) : « De ce que la « faillite rend exigibles même les créances hypothécaires non échues, il ne « s'ensuit pas que les créanciers aient le droit de poursuivre l'expropria- « tion des biens du failli : l'exigibilité n'a d'autre effet que de donner à ces « créanciers le droit d'être payés après la vente faite au nom des syndics. » Malheureusement l'auteur avait dit tout juste le contraire, sur l'art. 444 (voy. la note précédente).

débiteur envers la faillite, il pourrait y avoir compensation, jusqu'à due concurrence, entre sa dette et la somme à laquelle se monterait le dividende. Mais on ne peut pas prétendre que la somme de 10,000 francs due à la faillite serait éteinte ou compensée parce que le débiteur de cette somme figurerait pour 10,000 francs dans le passif de la faillite : car ces 10,000 francs pour lesquels il figure au passif se réduiront à 5,000 si la faillite paie un dividende de 50 p. 100, et à 2,500 francs, si elle ne paie que 25 p. 100. La compensation n'est possible que dans les limites et jusqu'à concurrence du dividende quand le montant en sera fixé et exigible (1).

(1) Sous l'empire du Code de 1808, la Cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (voy. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 251). Depuis la loi de 1838, la Chambre civile proclame, dans un arrêt du 14 mars 1854, que « l'exigibilité des dettes non échues, prononcée, à partir « du jugement déclaratif, par l'art. 444 du Code de commerce, n'autorise « point la compensation de ces dettes avec les créances antérieurement « échues au profit du failli, compensation formellement interdite par « l'art. 446 du même Code..... » (Dev.-Car., 54, 1, 355). Voy. aussi un arrêt de la Cour d'Agen, du 3 janvier 1860 (Dev.-Car., 60, 2, 140). MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 332), Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 90), Massé (*op. cit.*, t. IV, n°s 2265 et 2266), Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n°s 251 et suiv.), etc., se prononcent également en ce sens.

Cette doctrine me paraît fondée. Mais je crois qu'il faut s'en tenir au motif invoqué par M. Bravard, à savoir que la créance du tiers sur le failli, créance qui n'était pas encore échue lors du jugement déclaratif, n'est ni liquide ni exigible dans le sens de l'art. 1291 du Code Napoléon. Je me garderais bien d'ajouter, comme on le fait constamment, que la doctrine dont il s'agit ressort de l'art. 446 du Code de commerce, aux termes duquel la compensation pour dettes non échues est nulle et sans effet relativement à la masse lorsqu'elle a été faite par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque. Ceux qui invoquent ainsi l'art. 446 à propos de la question qui nous occupe font une étrange confusion. De quelle espèce de compensation parle cet art. 446? C'est évidemment de la compensation *facultative* ou *conventionnelle*, — tandis que, quand nous disons que le tiers tenu envers le failli d'une dette déjà échue ne peut pas opposer en compensation une créance qui n'est devenue exigible que par application de l'art. 444, nous voulons parler même de la compensation légale. De ce qu'une personne, telle qu'un mineur ou un interdit, est incapable de consentir une compensation conven-

Une dernière question devait être résolue quant à l'exigibilité : il fallait en fixer le point de départ. L'ancien texte, art. 448, s'exprimait à cet égard dans des termes peu exacts ou au moins peu clairs, il disait : « L'ouverture de la faillite rend exigibles

tionnelle ou facultative, il n'est certainement pas permis de conclure que la compensation légale n'aura pas lieu entre cette personne et un tiers, lorsque toutes les conditions requises par l'art. 1291 se trouveront réunies; de même, la loi qui déclare incapable de consentir une compensation le commerçant en état de cessation de paiements, n'exclut pas par là même la compensation légale. Et ce qui montre de la manière la plus frappante combien est peu sérieux l'argument qu'on veut tirer de l'art. 446 pour résoudre une question de compensation légale, c'est qu'il faut certainement décider, nonobstant cet article, que, si un commerçant qui avait cessé ses paiements, mais n'était pas encore déclaré en faillite, s'était trouvé envers un tiers à la fois créancier et débiteur pour sommes liquides et exigibles, la compensation légale se serait parfaitement opérée. Aussi, je l'avoue, ce n'est pas sans une véritable surprise que je vois les auteurs qui admettent ce résultat invoquer en même temps l'art. 446 pour établir que l'exigibilité produite par le jugement déclaratif n'autorisera pas la compensation (voy. notamment MM. Bédarride, *loc. cit.*; et Alauzet, t. IV, nos 1676 et 1682) : il faut que ces auteurs, quand ils invoquent ainsi l'art. 446, soient préoccupés de l'idée qu'il n'existe qu'une seule espèce de compensation.

M. Périnet (*Thèse pour le doctorat*, p. 124, note) croit pouvoir rattacher à l'art. 1298 du Code Napoléon cette doctrine suivant laquelle le tiers, de qui la dette envers le failli est échue, ne peut pas opposer en compensation sa créance qui n'est devenue exigible que par l'effet du jugement déclaratif. Il résulte de cet art. 1298 que, si, étant créancier de Paul qui est lui-même créancier de Pierre, j'ai fait saisie-arrêt entre les mains de ce dernier, je ne pourrai pas me voir opposer par lui en compensation une créance sur Paul qui n'était pas exigible lors de la saisie-arrêt. Suivant M. Périnet, la masse des créanciers est dans la même position qu'un créancier qui fait saisie-arrêt; le failli ressemble au saisi, et le tiers qui était à la fois débiteur et créancier du failli ressemble au tiers-saisi. — Cette idée ne me paraît pas exacte, et pas plus l'art. 1298 du Code Napoléon que l'art. 446 du Code de commerce ne doit, à mon sens, être invoqué dans la question qui nous occupe. En effet, si le tiers-saisi ne peut se prévaloir contre le saisissant d'une créance qu'il a sur le saisi et qui n'était pas échue lors de la saisie-arrêt, c'est qu'au moment où elle devient exigible le tiers-saisi n'est pas débiteur et créancier d'une seule et même personne : il est devenu débiteur du saisissant, tout en restant créancier du saisi. Or, en matière de faillite, il en est tout autrement : car le failli n'est pas dessaisi seulement au point de vue actif, au point de vue de ses créances; il est également dessaisi au point de vue passif, au point de vue de ses dettes. En d'autres termes, la masse des créanciers succède au failli pour ses

« les dettes passives non échues. » Or, cette expression, « *ouverture de la faillite*, » assez obscure en elle-même, se prenait dans des acceptions fort différentes. Toutefois on entendait généralement par là la cessation des paiements et même le moment où

dettes et non pas seulement pour ses créances. Elle diffère donc essentiellement, à cet égard, du créancier qui fait saisie-arrêt; et l'art. 1298, applicable au cas de saisie-arrêt, ne l'est point au cas de faillite.

— Le principe qu'une compensation qui n'aurait pas pu être invoquée contre le failli au moment où intervient le jugement déclaratif ne pourra pas à la suite de ce jugement être invoquée contre la masse, ce principe ne comporte-t-il aucune exception? Je suppose qu'il y a *compte courant* entre Primus et Secundus; Primus a remis à Secundus des effets de commerce, que Secundus a portés pour leur valeur nominale au *crédit* de Primus. Primus est déclaré en faillite, et je suppose qu'à ce moment il a 50,000 fr. à son *crédit*, 30,000 fr. seulement à son *débit*. S'ensuit-il que les syndics de la faillite de Primus auront droit de demander à Secundus la différence, c'est-à-dire 20,000 fr.? Non. Dans les 50,000 fr. portés au *crédit* de Primus figure pour sa valeur nominale un effet de 5,000 fr., qui a été remis autrefois à Secundus par Primus et qui n'est pas encore échu lors du jugement qui déclare la faillite de celui-ci : si Secundus n'encaisse pas cet effet, s'il ne parvient pas à en toucher le montant, il a le droit de faire une *contre-passation*, c'est-à-dire de porter au *débit* de Primus les 5,000 fr. qu'il a d'abord portés à son *crédit*; et, par suite, le montant de ce que la faillite de Primus peut demander à Secundus se trouvera réduit à 15,000 fr. Une véritable compensation se sera donc opérée depuis le jugement déclaratif de faillite.

Le résultat que je viens de signaler ne fait plus de doute aujourd'hui dans la jurisprudence : il a été consacré plusieurs fois par la Cour de cassation. Ainsi, je lis dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 25 juin 1862, « qu'il est constant, en droit, que la condition d'encaissement à l'échéance « est toujours sous-entendue dans les remises d'effets en compte courant; « — Que, dans le cas de faillite de celui qui a remis les billets, le solde de « compte, arrêté par la faillite au jour de son ouverture, n'est pas définitif, et reste subordonné à l'encaissement des billets non encore échus; « — Que, dès lors, si les effets ne sont pas payés à leur échéance, ils doivent être rayés du crédit du failli et le solde du compte réduit de leur « valeur; — Qu'il en doit être ainsi lors même que les effets auraient été « négociés par celui qui les avait reçus en compte courant, si, à défaut de « paiement à l'échéance, ce dernier se trouve obligé d'en rembourser « le montant au tiers-porteur postérieurement à la faillite....» (Dev.-Car., 62, 1, 975).

Comp. MM. Massé (*op. cit.*, t. IV, nos 2307 et suiv.); Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 332 et suiv.); Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. III, nos 315 et suiv.).

— Nous avons supposé qu'au moment où est rendu le jugement décla-

elle avait commencé à germer. Il semblait donc que, sous l'empire du Code de 1808, l'exigibilité devait précéder le jugement déclaratif; mais alors c'eût été un effet sans cause : car cette exigibilité n'a d'autre but que de permettre aux créanciers de participer aux opérations de la faillite, et ces opérations ne commencent qu'après le jugement déclaratif : donc l'exigibilité ne saurait précéder ce jugement. Aussi le nouvel art. 444 dit-il très-bien : « Le jugement déclaratif rend exigibles..... » C'est donc là un effet, non pas de la cessation des paiements, mais du jugement déclaratif seul (1).

ratif le failli était créancier d'un tiers pour une somme dès lors exigible et tenu envers le même tiers d'une dette non encore échue : le tiers, avons-nous dit, ne pourra pas se prévaloir du 1er alinéa de l'art. 444 pour invoquer la compensation. Supposons maintenant l'inverse : la dette du tiers n'est pas encore échue, mais sa créance est déjà exigible, lorsqu'est rendu le jugement déclaratif. Le tiers vient dire à la faillite : « Je renonce au bénéfice du terme, j'entends être traité comme ayant toujours été tenu d'une dette pure et simple : dès lors je me suis trouvé, avant le jugement déclaratif, créancier et débiteur d'une même personne dans les circonstances prévues par l'art. 1291 du Code Napoléon : par conséquent, ma créance a servi à éteindre ma dette, et, si ma créance égalait ma dette, je ne dois plus rien. » Cette prétention est-elle admissible? Non : car elle est contraire au principe d'après lequel le sort des créanciers de la faillite est irrévocablement fixé au jour du jugement déclaratif, de sorte que la condition d'un d'entre eux ne peut pas être améliorée aux dépens des autres par un fait postérieur à ce jugement. Cette doctrine a été sanctionnée par la Cour suprême, dans un arrêt de cassation, du 9 juillet 1860, où il est dit « que la compensation légale n'a lieu, d'après l'art. 1291 du Code Napoléon, « qu'entre deux dettes également liquides et exigibles; que, pour appliquer « cette règle aux dettes d'un failli, il faut la combiner avec le principe qui « fixe d'une manière invariable les droits des créanciers en l'état où ils se « trouvent à l'époque de l'ouverture de la faillite; qu'il suit de là que celui « qui est créancier et débiteur d'une faillite, mais dont la dette n'est pas « encore échue lors de la déclaration de la faillite, ne peut compenser avec « cette dette, qui sera payable intégralement à son échéance, sa créance, « qui est réductible comme les autres au marc le franc.... » (Dev.-Car., 60, 1, 696).

Voy., dans le même sens, MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 332; Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 90; Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1682.

(1) Dans la discussion, on avait proposé d'ajouter au 1er alinéa de l'art. 444 ces mots : « Sous la déduction de l'escompte des intérêts restant « à courir, calculés au taux légal. » Cette proposition a été repoussée. Voy.

Voyons maintenant à l'égard de quelles personnes existe cette exigibilité produite par le jugement déclaratif.

Il est clair d'abord qu'elle ne peut avoir aucun effet quant aux débiteurs du failli : ils ne peuvent être responsables d'un fait auquel ils sont étrangers, et leur créancier ne peut changer leur position par son fait, par sa faillite. Cela même donne lieu à une difficulté de principe, dont il est bon de dire quelques mots. Les débiteurs du failli continuant à jouir du bénéfice du terme, dont l'échéance peut se trouver encore fort éloignée, des créances du failli pouvant être conditionnelles, d'autres litigieuses, ne sera-ce pas un obstacle qui s'opposera à la liquidation de la faillite, qui la retardera du moins, et atténuera ainsi et rendra même inutile l'exigibilité des dettes passives? En effet, toute la procédure de la faillite, tout l'ensemble des opérations qu'elle comprend, tend à la réalisation et à la répartition de l'actif. On a pourvu aux nécessités de la répartition, en mettant tous les créanciers sur la même ligne, sans distinguer si leurs créances sont échues ou non. Mais on a laissé subsister toutes les difficultés que peut apporter à la réalisation l'existence de termes ou de conditions qui affectent les créances du failli; or, avant de répartir l'actif, il faut commencer par le réaliser. Ainsi, à ce point de vue, le système de la loi paraît incomplet, même incohérent.

Voilà une objection qu'on ne pouvait pas laisser sans réponse; elle n'a échappé ni aux rédacteurs du Code de commerce, ni aux auteurs de la loi de 1838. Aussi, autant que possible, ont-ils obvié à l'inconvénient signalé.

D'abord, quant aux créances litigieuses, le remède est dans la faculté de transiger, qui permettra de prévenir ou d'éteindre la contestation lorsqu'elle serait de nature en se prolongeant à entraver la liquidation de la faillite (1).

M. Duvergier, *Collection des lois*, t. XXXVIII, p. 372, et M. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 341 et suiv.

(1) Voy. l'art. 487, et, ci-dessus, p. 104 et 105.

Quant aux créances que le failli peut avoir sur des tiers et qui sont à terme ou conditionnelles, force était bien de maintenir le terme ou la condition : car ce sont des éléments essentiels de l'engagement pris par les tiers, du contrat formé par eux, contrat qu'il faut nécessairement respecter. Mais on ne sera pas pour cela dans l'impossibilité de réaliser cette partie de l'actif. En effet, lorsqu'on sera arrivé à la période de la faillite où il faut que l'actif soit réalisé et réparti, les créanciers pourront demander que les syndics traitent *à forfait* avec le débiteur, qui paiera immédiatement, en retour de sa libération, une somme dont on conviendra ; et, si l'on ne peut pas s'entendre avec le débiteur, on cédera à un tiers, pour ce qu'elle vaudra, mais moyennant paiement immédiat du prix de cession, la créance à terme ou conditionnelle (1).

De cette façon, on arrivera, dans tous les cas, à réaliser l'actif et ensuite à le répartir. Le but proposé sera donc atteint, quand même il y aurait des créances litigieuses, des créances à terme ou conditionnelles, et la difficulté sera tournée. Ainsi le système de la loi est complet, et il est à l'abri du reproche d'inconséquence.

Quand il y a plusieurs débiteurs solidaires, la faillite d'un de ces débiteurs ne pourra-t-elle pas autoriser le créancier à demander son paiement aux autres, même avant l'arrivée du terme ? Puisque les débiteurs sont solidaires, leur condition à tous ne doit-elle pas être la même ; et, puisque le créancier peut demander le paiement à l'un, ne pourra-t-il pas le demander aux autres ? Nullement : car ce serait contraire et aux principes généraux du droit et aux règles particulières aux faillites. *Aux principes généraux :* en effet, quoi de plus contraire à ces principes que de priver des codébiteurs solidaires du terme qu'ils ont stipulé, alors qu'aucun fait de leur part ne vient justifier cette déchéance, de les rendre passibles des conséquences d'un fait

1) Voy. l'art. 570.

qui leur est étranger et qui cependant empirerait leur position ? *Aux règles particulières aux faillites :* car, comme je l'ai démontré, cette exigibilité, conséquence du dessaisissement, n'a d'autre objet que de faciliter la liquidation; elle ne saurait donc être invoquée contre des co-obligés qui ne sont pas en faillite, de qui l'actif n'est pas soumis à la liquidation forcée qui résulte de cet état (1).

Il faut donc tenir pour constant que la faillite d'un ou de plusieurs des obligés solidaires n'empêche pas les autres de conserver le bénéfice du terme. C'est pourquoi l'art. 444 dit : « Le « jugement déclaratif de faillite rend les dettes exigibles, *à l'é-* « *gard du failli*, » c'est-à-dire à l'égard de sa masse ou de sa faillite ; mais il ne les rend pas exigibles à l'égard des coobligés du failli, solidaires ou non. Cette exigibilité n'existe que dans les rapports des créanciers avec le failli (2), ou plutôt avec la fail-

(1) « Observez, dit très-bien Pothier, que, si, entre plusieurs débiteurs « solidaires, il y en a qui font faillite, le créancier peut bien exiger de « ceux-ci la dette avant le terme; mais il ne peut pas l'exiger de celui qui « est solvable. Le solvable doit jouir du terme, et il n'est pas même obligé « pour cela de donner une caution à la place de ses co-débiteurs faillis. « C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 février 1592, rapporté par « Anne Robert. La raison est que ce débiteur, qui est demeuré solvable, ne « peut pas sans son fait être obligé à plus que ce à quoi il a bien voulu s'o- « bliger. On ne peut donc pas l'obliger à donner une caution qu'il ne s'est pas « obligé de donner : la faillite de ses co-débiteurs étant le fait de ses co- « débiteurs et non le sien, elle ne peut lui préjudicier, suivant la règle « *Nemo ex alterius facto prægravari debet* » (*Traité des obligations*, n° 236).

Cette doctrine est d'autant plus certaine que rien ne s'oppose à ce que les différentes personnes qui s'obligent solidairement déclarent dès le principe s'obliger sous des modalités diverses (C. Nap., art. 1201).

(2) L'ancien art. 448 disait, en termes absolus, que la faillite rend exigibles les dettes passives non échues. Aussi la question s'était-elle élevée, sous l'empire du Code de 1808, de savoir si la faillite d'un seul des coobligés ne fait pas perdre à tous le bénéfice du terme. Dans une espèce où un bien avait été vendu à trois personnes qui s'étaient obligées solidairement au paiement du prix, l'une de ces personnes ayant fait faillite avant l'échéance, le vendeur prétendait obtenir immédiatement la résolution, à moins que les deux autres acheteurs ne préférassent lui donner caution; et la Cour de Bordeaux accueillait cette prétention. L'arrêt, en date du 6 jan-

lite : car, à partir du jugement déclaratif, les créanciers ne sont plus en relation avec le failli lui-même, ils ne le sont qu'avec sa masse, représentée par les syndics.

Voyons toutefois s'il n'y aurait pas quelque restriction à mettre à ce principe en ce qui concerne les cautions. Deux cas peuvent se présenter :

1° Le débiteur principal est en faillite, et la caution n'y est pas : le créancier pourra-t-il demander son paiement à la caution, en se fondant sur ce qu'elle doit payer à défaut du débiteur, et sur ce que le débiteur est tenu de payer puisqu'il est déchu du bénéfice du terme ? Cette déchéance est parfaitement juste à l'égard du failli; mais elle ne saurait réfléchir contre la caution, qui n'est pas en faillite et qui ne peut être forcée à payer avant l'échéance du terme fixé par son contrat, lequel subsiste à son égard dans toute son intégrité (1).

2° Renversons maintenant l'hypothèse, supposons que c'est la caution qui est en faillite et que le débiteur n'y est pas : la faillite de la caution ne pourra-t-elle pas être opposée au débiteur? Le créancier ne pourra-t-il pas dire au débiteur : « Je ne

vier 1836, est motivé comme il suit : « Attendu que P. L., étant tombé en « faillite, a été déchu du bénéfice du terme accordé par l'acte de vente du « 29 octobre 1833, et que, par sa faillite, les sûretés données par le contrat « ont été diminuées; que dès lors il y avait lieu à ordonner la résolution « du contrat, à moins qu'il ne convînt aux acquéreurs de donner caution; « — Attendu que, les acquéreurs étant solidaires entre eux, les consé- « quences de la faillite de P. L. doivent tomber sur les appelants et qu'ils « sont sujets aux mêmes condamnations... » Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 257). En présence de cette décision bizarre, on voit combien le législateur de 1838 a été sage en exprimant dans l'art. 444 que par le jugement déclaratif les dettes passives deviennent exigibles *à l'égard du failli*.

(1) Cette caution, qui ne peut pas être poursuivie par le créancier avant l'échéance du terme, peut, au contraire, se présenter dès à présent dans la faillite du débiteur (C. Nap., art. 2032-2°). Il est dès à présent certain que c'est elle qui sera forcée de payer la dette, que par conséquent elle aura un recours à exercer contre le débiteur. Si cela est certain, le recours constitue pour elle plus qu'une créance conditionnelle ; c'est, en réalité, une sorte de créance à terme, laquelle devient exigible par application du 1er alinéa de notre art. 444.

vous ai accordé un terme que parce que vous m'avez fourni une caution ; or, cette caution est en faillite : c'est donc comme si elle n'existait pas, et, dès lors, vous ne pouvez plus jouir du bénéfice du terme dont la cause a cessé » ? Il y a, dans ce raisonnement, du vrai et du faux. Ce qu'il y a de vrai, c'est que le débiteur sera tenu de remplacer la caution qu'il avait fournie, et qui est en faillite, par une caution nouvelle et solvable, sans quoi il sera déchu du bénéfice du terme; mais il sera toujours le maître de conserver ce bénéfice, en fournissant une nouvelle caution. Au surplus, c'est ce que décide l'art. 2020 du Code Napoléon (1) ; et il importe de bien remarquer cette disposition, car elle me servira tout à l'heure à résoudre une autre question qui se rattache à celle que je viens d'examiner.

Il reste à rechercher comment ces principes s'appliquent aux effets de commerce et spécialement aux lettres de change.

Supposons qu'il s'agit d'une lettre de change et qu'un des signataires est tombé en faillite : quel droit en résultera-t-il pour le porteur contre les signataires non faillis ?

Avant tout, il faut voir quel est celui des signataires qui est en faillite : car les différents signataires d'une lettre de change peuvent avoir des rôles fort différents.

I. Supposons d'abord que c'est le tiré qui est en faillite. Le porteur aura-t-il le droit de demander le remboursement immédiat aux endosseurs et au tireur? La négative résulte de ce que nous avons dit en expliquant le premier alinéa de l'art. 444 : en effet, ni les principes ni le texte ne permettent d'enlever aux obligés qui ne sont pas en faillite le bénéfice du terme, par cela seul qu'un de leurs coobligés a été déclaré en faillite (2).

(1) Cet article est ainsi conçu : « Lorsque la caution reçue par le créan- « cier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il « doit en être donné une autre. Cette règle reçoit exception dans le cas « seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention « par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. »

(2) M. Bravard ne s'exprime pas ici bien exactement. Tant que le tiré

Dès lors, n'y a-t-il pas une véritable contradiction entre le premier alinéa de cet art. 444 et le deuxième? D'après celui-ci, le porteur, il est vrai, ne pourra pas demander le remboursement immédiat au tireur et aux endosseurs, mais il pourra leur demander caution (1); et cependant, s'il s'agissait d'un titre ordinaire, il est certain, d'après le 1er alinéa lui-même, que le créancier n'aurait pas ce droit. D'ailleurs, n'y a-t-il pas dans ce terme moyen auquel s'arrête ici le législateur une sorte d'inconséquence et d'anomalie? En effet, de deux choses l'une : ou le tireur et les endosseurs conservent le bénéfice du terme, ou ils le perdent. S'ils le perdent, il faut dire que le porteur a dès à présent le droit de leur demander le remboursement, et non pas seulement le droit de leur demander caution. S'ils le conservent, le porteur ne peut pas plus, ce semble, leur demander caution qu'il ne peut leur demander le remboursement : car cette obligation de donner caution empire un peu moins leur condition que l'obligation de rembourser, mais néanmoins elle l'empire et même gravement.

n'a pas accepté, il n'est pas signataire de la lettre de change, il n'est pas obligé envers le porteur : par conséquent, il n'est pas un co-obligé du tireur et des endosseurs. Il ne peut donc pas être question d'appliquer au cas où ce tiré est déclaré en faillite la règle générale d'après laquelle la faillite d'un de plusieurs co-obligés dont la dette n'est pas échue ne permet pas au créancier de poursuivre dès à présent les autres : le cas dont il s'agit est en dehors de cette règle.

(1) Le 2e alinéa de l'art. 444 ne suppose pas la faillite du *tiré*, il suppose la faillite de l'*accepteur*. En voici le texte : « En cas de faillite du sous-« cripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du « tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés seront tenus de donner « caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immé-« diatement. » Lorsqu'il y a faillite du tiré non accepteur, si le tireur et les endosseurs sont tenus de donner caution ou de payer immédiatement, ce n'est réellement point par application du 2e alinéa de l'art. 444, c'est bien plutôt par application de l'art. 120, comme M. Bravard lui-même va l'indiquer dans un instant. Aussi, lors même que ce 2e alinéa de l'art. 444 n'existerait pas dans la loi (il n'existait pas dans le premier projet du Gouvernement), nous n'en devrions pas moins dire que la faillite du tiré survenant avant l'échéance permet au porteur de demander caution au tireur et aux endosseurs.

Comment donc mettre d'accord le premier alinéa de l'art. 444 avec le deuxième? Comment sauver cet article du reproche d'inconséquence ?

Pour y parvenir, il faut tout d'abord se rappeler que le tireur et les endosseurs contractent envers le porteur, non pas une seule obligation, mais deux, savoir : l'obligation de lui procurer l'acceptation avant l'échéance, et l'obligation de lui procurer le paiement à l'échéance (1). S'ils ne contractaient envers lui que l'obligation de lui procurer le paiement, il serait impossible de comprendre comment la faillite du tiré survenue avant l'échéance peut astreindre le tireur et les endosseurs à donner caution. Mais ils sont tenus de lui procurer l'acceptation avant l'échéance, et c'est à cette seconde obligation que se rattache la nécessité où ils sont de fournir caution quand le tiré est déclaré en faillite. En effet, quand le tiré refuse d'accepter, le porteur est en droit de demander au tireur et aux endosseurs une garantie équivalente à celle qu'il n'a pu obtenir, une garantie qui la remplace, c'est-à-dire une caution solvable (2) ; or, quand le tiré a été déclaré en faillite avant d'avoir accepté, il est, par suite du dessaisissement qui le frappe, dans l'impossibilité légale et absolue d'accepter : le porteur se trouve donc dans la même situation que s'il avait éprouvé un refus d'acceptation, et partant il a le même droit, il a droit de demander caution.

Voilà comment la deuxième partie de l'art. 444 se concilie avec la première et avec les règles de la logique (3).

II. Nous avons à expliquer un autre cas, compris, celui-là, explicitement dans les termes de l'art. 444, et qui présente un peu plus de difficulté que le précédent; c'est le cas où le tiré,

(1) Voy. l'art. 118 du Code de commerce.

(2) « Sur la notification du protêt faute d'acceptation, les endosseurs et « le tireur sont respectivement tenus de donner caution pour assurer le « paiement de la lettre de change à son échéance, ou d'en effectuer le « remboursement avec les frais de protêt et de rechange » (art. 120, 1er alinéa).

(3) Encore une fois, le 2e alinéa de l'art. 444 est étranger à la question qui vient d'être examinée.

avant d'être déclaré en faillite, avait accepté la lettre de change. Dans ce cas, le tireur et les endosseurs ne pourront-ils pas se dispenser de donner caution ? Il semblerait qu'ils peuvent s'en dispenser : car ils ont procuré au porteur l'acceptation, laquelle subsiste toujours malgré la faillite postérieure de l'accepteur. En vertu de cette acceptation, le porteur pourra même se présenter à la faillite et y réclamer un dividende. Dès lors, il semble que, jusqu'à l'échéance, le tireur et les endosseurs soient quittes de toute obligation envers le porteur.

Mais il faut bien remarquer que, si par la faillite de l'accepteur l'acceptation n'est pas effacée, elle perd du moins la principale utilité que le porteur s'en promettait : elle n'est plus une garantie que la lettre sera payée à l'échéance, une garantie d'exactitude, de ponctualité dans le paiement. Elle n'est plus même une garantie du paiement : car, après le jugement déclaratif, il n'est plus de paiement possible, il ne s'agit plus que de dividendes. La garantie que l'acceptation offre au porteur n'est donc plus celle que les parties avaient en vue, elle est incomplète ; et il peut en exiger une autre, complète et entière. En un mot, le porteur est dans la même position que le créancier à qui le débiteur a fourni une caution : lorsque cette caution est devenue insolvable, le créancier peut exiger que le débiteur lui en fournisse une autre solvable. La position est ici la même, et l'article 2020 du Code Napoléon serait au besoin applicable (1).

(1) Le projet de loi présenté en 1834 à la Chambre des députés n'admettait aucune exception au principe que ce sont seulement les dettes du failli qui deviennent exigibles par l'effet du jugement déclaratif : l'intention du Gouvernement était notamment que la faillite de l'accepteur n'exposât point à un recours immédiat le tireur et les endosseurs. Ce système avait été adopté par la Commission de la Chambre, et voici comment son rapporteur s'exprimait à cet égard : « Si les garanties des créanciers se trou« vent diminuées par la faillite de l'un des co-obligés, il ne suit pas de là « que les autres co-obligés doivent être, sans aucune faute de leur part, « contraints à faire face sans délai à des engagements dont le terme « n'était pas arrivé. Tout se tient dans les opérations d'un commerçant : « ses paiements sont calculés sur ses rentrées. Devancer les échéances « attendues, c'est porter le bouleversement dans les prévisions les plus

III. Supposons maintenant que c'est le tireur qui est tombé en faillite : le porteur aura-t-il, à raison de cette faillite, quelques droits à exercer contre les endosseurs? En principe pur, le porteur serait fondé à dire aux endosseurs : « Vous m'avez cédé, avec la lettre de change, la signature du tireur; or, cette signature ne vaut plus rien, puisque le tireur est en faillite : remplacez-la donc par une autre; donnez-moi caution. » C'est en ce

« raisonnablement combinées; c'est paralyser dans les mains du commer-
« çant les ressources qu'on l'oblige de tenir en réserve, tandis qu'il pour-
« rait les employer à augmenter ses valeurs en circulation; c'est nuire à
« l'essor du crédit; c'est exposer à des désastres les hommes les plus pru-
« dents et les plus honnêtes. Par l'effet de ces dispositions, la faillite quelque
« peu considérable d'une maison de banque entraîne inévitablement d'au-
« tres faillites que les calculs les plus sages ne permettent pas d'éviter, ce qui
« aggrave toujours les crises commerciales et peut quelquefois les causer. »

M. Jacques Lefebvre présenta un amendement duquel il résultait qu'en cas de faillite de l'accepteur le porteur peut immédiatement demander caution au tireur et aux endosseurs. « Le commerce, disait l'auteur de l'amendement, n'a presque jamais usé dans toute sa latitude du droit qui, d'après le Code en vigueur (art. 448, 2e alinéa), appartient aux tiers-porteurs de demander caution lorsqu'il s'agit de la faillite d'un endosseur ou même de celle du tireur; mais, toutes les fois que c'est l'accepteur qui fait faillite, le porteur ne manque jamais de demander un autre accepteur ou caution. C'est qu'en effet, si c'est l'accepteur qui est tombé en faillite, il n'y a plus d'espoir d'être payé à l'échéance. Ce qu'il y a de mieux à faire en matière commerciale, c'est de consacrer ce que l'instinct et l'expérience du commerce lui ont inspiré. » — La majorité de la Commission finit par se rallier à ce système. A l'appui de l'amendement, on invoquait encore les art. 120 et 163, 2e alinéa, du Code de commerce : « Ces articles, disait-on, sont inconciliables avec la disposition du projet qui ne rend exigibles que contre le failli seulement les effets de commerce non encore échus; et l'on ne peut, à propos d'un changement au Code des faillites, modifier la législation sur les lettres de change. » Le garde des sceaux se rendit à cet argument; et le commissaire du roi, M. Vincens, reconnut que l'art. 163, sinon l'art. 120, était modifié par l'article du projet, que de là résulterait une contradiction qu'il était bon d'éviter. — L'amendement de M. Jacques Lefebvre fut adopté par la Chambre des députés, et il résulte du texte même de la loi que la faillite de l'accepteur soumet le tireur et les endosseurs à la nécessité de fournir caution, si mieux ils n'aiment rembourser immédiatement. Il est bien entendu que le tireur et les endosseurs qui prennent ce dernier parti doivent payer le montant intégral de la lettre de change, sans déduction d'intérêts : ainsi jugé par le tribunal de commerce de la Seine, le 4 mai 1843 (voy. *le Droit* du 30 mai).

sens que la question était décidée par l'ancien texte du Code (1). Mais en 1838 on a perdu de vue ce principe, ou du moins on l'a écarté pour partie : on en a subordonné l'application à une distinction, en elle-même peu rationnelle, lorsqu'on a décidé que le porteur ne pourrait demander caution aux endosseurs à raison de la faillite du tireur qu'autant que la lettre ne serait pas acceptée (2). Je l'ai dit, cela est peu rationnel : car, lors même qu'il y a eu acceptation du tiré, les endosseurs n'en ont pas moins cédé la signature du tireur, et, par conséquent, ils ne devraient pas moins être tenus de la garantir. Cette distinction est donc contraire au principe de la cession par endossement. D'ailleurs, elle est contraire à cet autre principe que l'acceptation, introduite en faveur du porteur, ajoute un droit nouveau à ceux qu'il aurait sans elle, mais ne saurait lui en enlever aucun ; or, ici elle lui enlève le droit de demander caution à raison de la faillite du tireur. Enfin il résulte de cette disposition nouvelle une conséquence exorbitante, mais qu'il faut bien admettre, car elle en dérive, ce me semble, forcément; c'est que, quand le porteur se sera fait donner caution à raison de la faillite du tireur, comme il n'aura pu l'obtenir qu'en se fondant sur ce que le tiré n'avait pas accepté, il s'ensuit qu'il ne pourra plus demander l'acceptation, ou au moins que, s'il la demande et l'obtient, il sera forcé de renoncer à la caution qui lui aura été fournie, puisque dans le système de la nouvelle loi l'existence de la caution et celle de l'acceptation sont incompatibles : le porteur ne peut cumuler ces deux sortes de garanties (3).

(1) « A l'égard des effets de commerce par lesquels le failli se trouvera « être l'un des obligés, les autres obligés ne seront tenus que de donner « caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immé« diatement » (ancien art. 448, 2e alinéa). Cette disposition n'existait pas dans le projet adopté par le Conseil d'Etat; elle fut ajoutée après coup, sur la demande du Tribunat (voy. Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 164). De même, nous le savons déjà, le 2e alinéa du nouvel art. 444 n'existait pas dans le projet primitif du Gouvernement.

(2) Cette distinction a été introduite par la première Commission de la Chambre des pairs.

(3) Je ne vois pas que cette conséquence du système adopté par le légis-

IV. Supposons enfin que c'est un endosseur qui est tombé en faillite : cette faillite donnera-t-elle au porteur quelques droits contre les autres obligés ? L'ancien art. 448 était conçu dans des termes trop généraux, qui semblaient autoriser le porteur à demander caution en cas de faillite de l'un quelconque des obligés, et quelque rang que cet obligé occupât parmi les signataires de la lettre de change. Des porteurs de lettre de change, se prévalant de ces termes, avaient effectivement prétendu qu'ils avaient le droit de demander caution même aux endosseurs antérieurs à l'endosseur failli, et non pas seulement aux endosseurs postérieurs. Mais cette prétention était contraire à l'esprit de l'ancien art. 448, et inconciliable avec le principe de la cession : il est clair, en effet, que les endosseurs, lorsque la signature du failli ne se trouvait pas sur la lettre au moment où ils l'ont endossée, n'ont pas cédé cette signature, et partant ne sauraient être tenus de la garantir. Il n'est pas moins clair, du reste, que les endosseurs postérieurs au failli, qui ont cédé la lettre de change sur laquelle se trouvait déjà la signature du failli, ont cédé cette signature, et, par conséquent, sont tenus de donner caution au porteur.

Aussi, cette distinction entre l'endosseur antérieur et l'endosseur postérieur au failli avait-elle été consacrée par la juris-

lateur ait rien de fâcheux, rien d'*exorbitant*. Il est juste que le porteur, qui ne peut plus compter sur l'obligation du tireur après que celui-ci a été déclaré en faillite, obtienne ou la garantie résultant de l'acceptation du tiré ou la garantie équivalente résultant de l'engagement d'une caution ; mais il n'y a aucune bonne raison pour lui permettre de cumuler le bénéfice de ces deux garanties, et il serait *exorbitant* qu'il pût le faire. Je comprendrais très-bien que la loi eût dit : « Dès que le tireur est déclaré en faillite, sans distinguer s'il y a eu ou non acceptation du tiré, au lieu et place de l'engagement du tireur qui devient inefficace, le porteur peut exiger caution. » Dans ce système, qui est sans doute le meilleur en théorie, évidemment le porteur pourrait avoir tout à la fois et la garantie résultant de l'acceptation du tiré et la garantie résultant de l'engagement de la caution : alors, en droit, la faillite du tireur ne lui ferait jamais rien perdre. Mais, encore une fois, dans le système auquel s'est arrêté le législateur, la conséquence signalée par M. Bravard me paraît très-logique et très-équitable : le porteur se trouve avoir l'option entre deux garanties.

prudence, qui, depuis longtemps, était fixée sur ce point (1), lorsqu'en 1838 le législateur révisa la matière des faillites. Mais,

(1) M. Bravard commet ici une inexactitude : la jurisprudence était bien loin d'être fixée dans le sens qu'il indique. La question s'était très-rarement présentée devant les tribunaux, parce que, comme on l'a dit plusieurs fois dans la discussion de la loi (voy. notamment la séance de la Chambre des députés, du 29 mars 1838), il n'a jamais été d'usage dans la pratique commerciale que le porteur d'une lettre de change exerce un recours quelconque lorsque l'un des endosseurs vient à tomber en faillite avant l'échéance. Aussi, en consultant avec soin les recueils de jurisprudence, n'ai-je pu découvrir, dans la période écoulée de 1808 à 1838, que deux arrêts qui aient statué sur la question de savoir à qui peut s'en prendre le porteur quand un endosseur fait faillite avant l'échéance. Le premier est un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 28 mars 1811 : il décide que l'art. 448 ne doit pas être entendu comme permettant au porteur de recourir contre le tireur ni en général contre les personnes dont la signature est antérieure à celle du failli (Sir., 11, 2, 296). Mais le deuxième, rendu par la Cour de Nîmes le 31 janvier 1825, exclut aussi formellement que possible la distinction dont il s'agit. En voici les *considérants :*

« Attendu qu'il résulte des dispositions formelles de l'art. 448 du Code de « commerce que la faillite de l'un des obligés au paiement d'un effet de « commerce rend de suite cet effet exigible envers lui, quoique l'échéance « n'en soit pas arrivée ; qu'il résulte des dispositions du même article que, « dans le même cas de faillite de l'un des obligés, les autres sont tenus de « donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux « payer immédiatement ; — Attendu que tout souscripteur, accepteur ou « endosseur d'un effet de commerce est nécessairement obligé à son paie- « ment, et doit, par conséquent, subir l'application des dispositions de « l'art. 448 précité ; — Attendu que la distinction, admise par les premiers « juges, entre les souscripteurs ou endosseurs antérieurs au failli et ceux « postérieurs, ne saurait être accueillie, parce qu'il n'est pas permis de dis- « tinguer là où la loi ne distingue pas, et que, l'art. 448 soumettant tous « les obligés non faillis, sans distinction, au bail de caution ou au paiement « actuel, on ne peut, sans violer ses dispositions, établir une distinction « entre ces mêmes obligés et affranchir certains d'entre eux de l'obligation « que la loi leur impose formellement ; — Attendu que l'art. 140 soumet « aussi formellement tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une « lettre de change, à la garantie solidaire envers le porteur, et que la « distinction admise par les premiers juges blesserait bien évidemment « cette solidarité... » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 258).

Du reste, si la distinction indiquée par M. Bravard n'avait pas prévalu et ne pouvait pas prévaloir dans la jurisprudence en présence du texte de l'ancien art. 448, il faut reconnaître qu'elle avait été mise en avant par plusieurs auteurs (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 258).

comme on avait abusé du droit de demander caution, l'abus qu'on avait fait de ce droit l'avait discrédité et avait fait naître des préventions peu favorables ou même défavorables à son maintien (1); et, par une sorte de réaction peu réfléchie, le législateur le supprima au lieu de le régulariser, au lieu de le renfermer dans de justes limites. Il l'a supprimé complétement pour le cas de faillite d'un endosseur. En effet, l'art. 444 ne parle que de la faillite de l'accepteur et de celle du tireur à défaut d'acceptation, et nullement de la faillite d'un ou de plusieurs des endosseurs (2).

Nous trouvons donc ici tout à la fois une innovation et une dérogation aux principes. Il y a même dans le système de la nouvelle loi à cet égard une sorte d'incohérence : car on n'a pas fait pour la faillite des endosseurs la même distinction que pour la faillite du tireur, la distinction entre le cas où il y a et celui où il n'y a pas acceptation. En cela, on a méconnu le principe de la solidarité, d'après lequel les endosseurs doivent être tenus envers le porteur comme le tireur lui-même (3). La faillite du tireur autorisera le porteur, quand il n'y aura pas acceptation, à demander caution à tous les endosseurs; et, en cas de faillite d'un endosseur, le porteur ne pourra pas demander caution, quoiqu'il n'y ait pas encore acceptation, aux endosseurs postérieurs au failli. Cependant, à l'égard du porteur, la position de ces endosseurs est exactement la même que celle de tous les endosseurs en cas de faillite du tireur, puisqu'ils ont, les uns et

(1) On n'avait point abusé du droit de demander caution en cas de faillite d'un endosseur. Loin de là, l'usage était que le porteur n'exerçât de recours avant l'échéance qu'en cas de faillite du *principal obligé*.

(2) Dans la séance de la Chambre des députés du 29 mars 1838, M. Wustemberg avait proposé un amendement, ainsi conçu : « A l'égard des effets « de commerce par lesquels le failli se trouvera être l'un des obligés, ceux « des autres obligés dont la signature suivra celle du failli seront tenus de « donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer « immédiatement. » Cet amendement fut rejeté. En lisant dans *le Moniteur* la discussion à laquelle il donna lieu, je suis resté convaincu que beaucoup de députés n'en avaient pas compris la portée.

(3) Principe posé dans l'art. 140.

les autres, cédé la signature du failli. Il y a donc là peu de concordance dans le système qui a prévalu en 1838.

— Revenons aux cas prévus expressément par le second alinéa de l'art. 444.

On assimile complétement la faillite de l'accepteur d'une lettre de change et la faillite du souscripteur d'un billet à ordre, quant au droit, pour le porteur, de demander caution aux endosseurs. N'y a-t-il pas encore ici quelque incohérence? Que le porteur d'une lettre de change ait le droit de demander caution aux endosseurs en cas de faillite du tiré, soit qu'il ait, soit qu'il n'ait pas accepté, c'est une conséquence forcée du principe que le tireur et les endosseurs s'engagent envers le porteur à lui procurer l'acceptation du tiré (1). Mais le souscripteur d'un billet à ordre ne s'engage qu'à une seule chose, à en payer le montant à l'échéance, et les endosseurs sont simplement garants de l'exécution de cette obligation. Dès lors, comment expliquer que le porteur ait le droit de leur demander caution quand le souscripteur tombe en faillite avant l'échéance? N'est-ce pas la violation pure et simple du premier alinéa de l'art. 444, qui ne fait déchoir du bénéfice du terme que le failli, et non ses co-obligés?

Les endosseurs ne sont pas déchus du bénéfice du terme, puisque le porteur ne peut pas leur demander le paiement; ils sont seulement tenus de lui fournir caution (2). Mais pourquoi

(1) Voy. l'art. 118.

(2) Un arrêt de la Cour de cassation du 5 août 1858 me paraît être le renversement de tous les principes. La Cour, dans l'hypothèse d'un souscripteur de billets à ordre déclaré en faillite avant l'échéance, admet que l'endosseur a pu être condamné en 1re instance et en appel à effectuer immédiatement le remboursement des billets, et qu'après l'arrêt de la Cour d'appel il n'est plus recevable à offrir de donner caution. Je ne puis comprendre que celui qui, d'après le texte de l'art. 444, 2e alinéa, est *tenu de donner caution* soit condamné *de plano* à payer une somme d'argent; je ne puis comprendre surtout qu'une décision qui méconnaît si ouvertement la volonté du législateur n'ait pas été cassée par la Cour suprême : cette décision n'a pas même été déférée à la Chambre civile. — Du reste, dans le même arrêt il y a quelque chose de plus surprenant encore, s'il est possi-

en sont-ils tenus? Parce que, quand ils ont cédé le titre, la signature du souscripteur s'y trouvait, et que dès lors ils ont, en même temps que le titre, cédé et garanti cette signature. La signature de l'accepteur se trouvera bien rarement sur la lettre de change, au moment où elle sera remise au preneur (1) ; elle pourra même ne pas s'y trouver au moment où la lettre sera cédée par tel ou tel endosseur. Par suite, cet endosseur ne devrait pas être astreint à donner caution au porteur en cas de faillite de l'accepteur : il ne peut pas y être astreint comme ayant cédé

ble. Le demandeur en cassation « étant reconnu n'avoir endossé les billets « dont il s'agit qu'en vue du traité fait entre le souscripteur (son frère) et le « bénéficiaire, et pour en garantir solidairement l'exécution, » la Cour en conclut qu'il ne pouvait être admis à jouir du bénéfice du terme, *accordé seulement aux obligés autres que le souscripteur d'un billet à ordre dans le cas de faillite* (Dev.-Car., 60, 1, 136). Cela veut dire que celui qui au fond est une caution solidaire du souscripteur, bien plutôt qu'un véritable endosseur, doit toujours être traité comme le souscripteur lui-même, doit par conséquent être purement et simplement déchu du bénéfice du terme dès que le souscripteur est en faillite. D'après cette curieuse théorie, les personnes que le 2e alinéa de l'art. 444 déclare tenues de fournir caution en cas de faillite d'une autre personne seraient mieux traitées que ne l'est en règle générale un débiteur solidaire dont le co-débiteur tombe en faillite! Ai-je besoin de dire encore une fois que c'est précisément le contraire qui est vrai, comme le prouvent à l'évidence les expressions employées dans le 1er alinéa de l'art. 444? La règle générale, c'est que la faillite de mon co-obligé n'a aucun effet actuel contre moi ; par exception, la faillite du souscripteur d'un billet à ordre sur lequel j'ai mis ma signature en qualité d'endosseur permet au porteur de me demander caution. Au rebours de ces idées bien simples, et bien souvent exprimées depuis Pothier jusqu'à la loi de 1838, la Cour de cassation imagine un système tout nouveau : « La règle générale, dit-elle, c'est que la faillite d'un obligé fait perdre le bénéfice du terme à ceux qui sont obligés solidairement avec lui, attendu que plusieurs débiteurs solidaires ne constituent qu'une seule et même personne; par une faveur exceptionnelle, l'endosseur conservera le bénéfice du terme malgré la faillite du souscripteur, s'il veut bien donner caution. Toutefois cette faveur exceptionnelle ne peut être réclamée que par celui qui a véritablement endossé le billet, non par celui qui au fond n'est pas un cédant, mais une caution solidaire : quant à cet endosseur apparent, il reste sous l'empire de la règle générale. »

(1) Il arrive quelquefois qu'une personne tire une lettre de change à son ordre (C. de comm., art. 110), l'envoie au tiré pour qu'il l'accepte, et ne la négocie qu'après qu'elle lui est revenue *acceptée*.

sa signature, puisqu'elle ne se trouvait pas encore sur le titre : il n'y serait aucunement astreint s'il n'était pas garant de l'acceptation. Quant aux endosseurs d'un billet à ordre, ils ont *tous* et *toujours* cédé la signature du souscripteur, et par conséquent ils sont garants de cette signature.

C'est ce qui explique pourquoi l'art. 448 ancien parlait des *obligés* en général, sans distinguer entre les billets à ordre et les lettres de change, qu'il comprenait sous la dénomination commune d'*effets de commerce*. S'il était trop large en ce qui concerne la faillite de l'endosseur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, il était conforme aux principes en tant qu'il soumettait tous ceux qui ont cédé la signature du failli à la nécessité de la garantir.

Le nouvel art. 444 a fait une juste application de la même idée aux endosseurs d'un billet à ordre : ces endosseurs, je le répète, ne peuvent être tenus de fournir caution, quand le souscripteur est déclaré en faillite, que parce qu'ils ont cédé sa signature. Dès lors, il est irrationnel, il est inconséquent, de ne pas astreindre tous les endosseurs d'une lettre de change à donner caution en cas de faillite du tireur : car ils ont tous cédé la signature du tireur, comme les endosseurs du billet à ordre ont tous cédé la signature du souscripteur (1). De même, il est irrationnel et inconséquent de ne pas astreindre les endosseurs soit d'une lettre de change, soit d'un billet à ordre (il y a parité entre eux à cet égard), à donner caution, en cas de faillite d'un endosseur antérieur à eux : car ils ont cédé sa signature, et, partant, ils devraient en être garants.

En somme, au point de vue des principes du droit et de la logique, on n'aurait dû s'occuper, au Titre *De la faillite*, dans l'art. 444, après avoir posé le principe que la faillite d'un des obligés ne fait pas déchoir les autres du bénéfice du terme, que de la modification qu'il doit recevoir en matière d'effets de com-

(1) Voy., ci-dessus, p. 174, note 3.

merce, par suite de la cession que les signataires postérieurs font de la signature des signataires antérieurs à eux, cession qui les oblige, quand un de ces signataires antérieurs vient à tomber en faillite, à remplacer sa signature par une autre, à donner caution. On aurait dû renvoyer au Titre *De la lettre de change* le cas de faillite du tiré, accepteur ou non (car ce cas est régi par d'autres principes, principes particuliers à la lettre de change), et se borner, en reproduisant pour partie l'ancien art. 448, à dire : « A l'égard des effets de commerce sur lesquels se trouvera la signature du failli, les signataires postérieurs seront obligés de donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement » (1).

Mais, d'une part, on a confondu le principe qui régit les signataires du billet à ordre avec celui qui s'applique aux signataires de la lettre de change lorsque le tiré est en faillite, c'est-à-dire deux principes totalement différents. D'autre part, on a supprimé le droit qu'avait le porteur de demander caution aux endosseurs, soit de la lettre de change, soit du billet à ordre, en cas de faillite d'un endosseur antérieur à eux. Enfin, pour le cas de faillite du tireur, on a fait une distinction fondée sur un principe étranger à la question qu'il s'agissait de résoudre, on a combiné deux données hétérogènes, savoir : celle d'où dépend l'obligation de fournir caution en cas de faillite de l'*accepteur*, c'est-à-dire l'obligation de procurer l'acceptation, et celle toute différente d'où dépend l'obligation de fournir caution en cas de faillite du *tireur*, c'est-à-dire le principe de la cession. On a main-

(1) Sur cette question de classification, je ne partage pas complétement l'opinion de M. Bravard. Je reconnais avec lui qu'il y avait à faire l'application de deux principes distincts, savoir : 1° *Le tireur et les endosseurs garantissent, envers le porteur, l'acceptation et l'acceptation efficace du tiré ;* 2° *celui qui appose sa signature sur un effet de commerce garantit la solidité de toutes les signatures qui s'y trouvent déjà.* Mais le deuxième principe, tout comme le premier, se rattache à la théorie des lettres de change ou des effets négociables en général bien plus qu'à la théorie des faillites. Ce n'est pas dans la matière des faillites que peuvent être posées les règles concernant les conséquences de l'endossement.

tenu ce dernier principe en matière de billet à ordre, mais seulement en supposant la faillite de l'un des signataires, c'est-à-dire du souscripteur, tandis qu'il s'applique aussi bien aux autres signataires dont la signature a été cédée comme celle du souscripteur.

6° *Suspension du cours des intérêts.*

Je passe à un dernier effet du jugement déclaratif : il s'agit de la suspension du cours des intérêts (1). Cette suspension est la conséquence forcée, d'une part, de l'exigibilité, d'autre part, de la conversion des créances en dividendes. La conversion dont je parle s'opère à l'égard de tous les créanciers, et il est impossible qu'au nouveau droit qu'ils acquièrent on attache des intérêts, soit conventionnels, car cette conversion s'opère en vertu de la loi et non en vertu de la convention, soit moratoires, car le paiement des dividendes dépend de la marche des opérations de la faillite (2).

Il y a ici, comme pour le dessaisissement, une distinction à faire entre le failli et la masse. Les intérêts continuent de courir à l'égard du failli, qui ne peut, lui, profiter de sa faillite, et invoquer le principe du dividende (3). Le cours des intérêts n'est

(1) Art. 445. « Le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la « masse seulement, le cours des intérêts de toute créance... »

(2) La chose essentielle, le but principal que poursuit la loi, c'est que la condition de tous les créanciers soit la même à partir du jugement déclaratif : de là le principe de l'exigibilité (art. 444), de là aussi le principe que des intérêts ne courent plus pour personne (art. 445). Ce dernier principe n'était pas formellement consacré dans le Code de 1808; mais néanmoins la jurisprudence en avait fait plusieurs fois l'application (voy. notamment un arrêt de la Cour de cassation, du 14 juillet 1829). Le projet présenté en 1834 par le Gouvernement était muet sur ce point, comme le Code de commerce; c'est la première Commission de la Chambre des députés qui proposa de formuler dans le texte de la loi le principe posé au commencement du nouvel art. 445.

(3) Aussi voyons-nous dans l'art. 604 que le failli ne peut obtenir sa ré-

suspendu qu'à l'égard de la masse. — Du reste, pour faire courir à l'égard du débiteur les intérêts moratoires, il faudra le mettre en demeure : car la loi n'en dispense pas le créancier, quoique le débiteur soit en faillite (1).

Sous l'empire de l'ancien texte du Code, qui était muet à cet égard, on admettait que la suspension des intérêts commençait, comme le dessaisissement, du jour même de la cessation des paiements, ou de l'ouverture de la faillite (2) ; mais, d'après la loi nouvelle, l'époque en est fixée, d'une manière invariable, au jour du jugement déclaratif, qui est également le point de départ du dessaisissement. Le créancier pourra donc ajouter au capital de sa créance les intérêts courus jusqu'au jour du jugement déclaratif, mais non ceux du temps postérieur (3).

habilitation qu'autant qu'il a intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues.

(1) L'art. 1153 du Code Napoléon reste toujours applicable dans les rapports du créancier avec le débiteur. Il est bien entendu que le créancier devra former sa demande en justice contre le failli lui-même, et non pas contre les syndics. Comp., ci-dessus, p. 121 et suiv.

(2) Voy. l'arrêt, déjà cité, de la Cour de cassation, du 14 juillet 1829.

(3) Supposons qu'un commerçant, se trouvant au 1er janvier débiteur d'une somme de 1,000 fr., ait souscrit à son créancier un billet de 1,060 fr. payable au 1er janvier suivant : le montant du billet se compose, on le voit, du capital originaire et de l'intérêt pour un an. En cas pareil, si le souscripteur vient à être déclaré en faillite avant l'échéance, pourrons-nous appliquer le principe de notre art. 445? Réduirons-nous le chiffre de la créance en proportion du temps qui reste à courir depuis le jour du jugement déclaratif jusqu'au jour de l'échéance? Un amendement en ce sens avait été présenté lors de la première discussion; cet amendement ayant été rejeté, il faut décider qu'il n'y aurait pas lieu de faire subir au porteur du titre la réduction dont il s'agit. Et cette décision me paraît, en effet, raisonnable toutes les fois que dans le billet on ne distingue pas les intérêts à courir et le capital déjà dû au moment où le billet était souscrit. Pour les tiers à qui un pareil titre est négocié, évidemment le montant du titre n'est autre chose qu'un capital, et il serait souverainement inique de les soumettre à une sorte de ventilation qu'ils n'ont pas pu prévoir. Voy. MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 263) et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1677).

Un commerçant étant déclaré en faillite le 1er mars, un créancier se présente avec une facture datée du 1er février et se montant à la somme de 1,000 fr.; mais dans cette facture il est dit qu'il sera accordé à l'acheteur

Voilà la règle générale en matière de faillite. Mais à cette règle il y a une exception, exception analogue à celle que j'ai déjà indiquée précédemment quant à la suspension des pour-

un escompte de 5 p. 100 en cas de paiement dans les trois mois. Le créancier peut-il se présenter pour 1,000 fr. ou seulement pour 950? La question est controversée entre les auteurs. Je suis disposé à croire qu'il faut appliquer ici purement et simplement les principes généraux sur la condition. Or, nous avons une dette de 1,000 fr.; seulement le créancier promet de la tenir pour soldée si dans les trois mois à partir du 1er février il a reçu 950. Evidemment, le jugement qui vient dans les trois mois déclarer la faillite de l'acheteur ne peut pas être assimilé au paiement de 950 fr. qui serait fait au vendeur; et, lors même qu'un dividende serait payé dans les trois mois aux créanciers de l'acheteur failli, cela ne constituerait pas un accomplissement de la condition, car il est de principe que les conditions ne peuvent pas s'accomplir pour partie. Comp. MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 264) et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1677 *in fine*). Je conviens, du reste, que la question est délicate.

Enfin, est-il possible d'appliquer le principe de notre art. 445 lorsque le failli doit à Paul des intérêts et rien que des intérêts? Par exemple, le failli est débiteur d'une rente viagère, dont les arrérages ont été payés régulièrement jusqu'au jour du jugement déclaratif; ou bien encore, Pierre étant débiteur envers Paul d'une somme de 100,000 fr. avec intérêt à 5 p. 100 par an, le failli s'était obligé solidairement avec Pierre au paiement des intérêts, entendant, du reste, demeurer étranger à la dette du capital. Dans des cas de ce genre, est-ce que le droit de Paul contre le débiteur de la rente viagère, contre l'individu qui lui a garanti solidairement le paiement des intérêts, se trouve purement et simplement éteint à partir du jugement déclaratif de faillite? Je ne saurais le croire. Au point de vue de celui qui vient d'être déclaré en faillite, les arrérages de la rente viagère constituaient un véritable capital; de même, la somme qu'il devait payer chaque année comme intérêt de la dette d'un tiers était pour lui un véritable capital. Or, ce qui est vrai à son point de vue doit l'être également au point de vue de la masse de sa faillite : par conséquent, le principe de l'art. 445 ne peut être invoqué ici pour exclure Paul en ce qui concerne les échéances postérieures au jugement déclaratif. La difficulté est de déterminer le chiffre du capital pour lequel Paul pourra se présenter. On ne peut le déterminer que très-approximativement. Le juge appréciera, suivant les probabilités, quelle est la valeur actuelle et totale du droit que Paul devait exercer dans l'avenir et à différentes reprises, et c'est en proportion de la valeur ainsi calculée que se trouvera fixé son dividende. Je crois, du reste, que ce dividende lui sera remis de suite et en bloc, qu'il n'y aura pas lieu de le placer pour lui en servir seulement l'intérêt. Comp. MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 262) et Alauzet (*loc. cit.*) : je m'écarte de leur avis sur ce dernier point.

suites sur les biens, exception en faveur des créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis (1). Les créanciers dont il s'agit restent, en cette qualité, en dehors de la faillite et sous l'empire du droit commun : ils conservent, eux, le droit de réclamer les intérêts de leurs créances, même pour le temps postérieur au jugement déclaratif. Seulement, ils ne pourront se les faire payer que sur les sommes provenant des objets grevés de leur droit de nantissement, d'hypothèque ou de privilége (2). De plus (car notre art. 445 ne les en dispense pas), les créanciers hypothécaires ne pourront se faire payer ainsi que des intérêts qu'ils auront conservés par une inscription, conformément aux art. 2148-4° et 2151 du Code Napoléon (3).

(1) Voy., ci-dessus, p. 130 et suiv.

(2) Voici dans son entier le texte de l'art. 445 : « Le jugement déclara-« tif de faillite arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts « de toute créance non garantie par un privilége, par un nantissement ou « par une hypothèque. — Les intérêts des créances garanties ne pourront « être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au pri-« vilége, à l'hypothèque ou au nantissement. »

La disposition finale de l'article a été formulée par la première Commission de la Chambre des pairs.

(3) D'après l'art. 2148-4°, le créancier hypothécaire ou privilégié doit exprimer dans son inscription, non-seulement le montant du capital de sa créance, mais encore le montant des accessoires de ce capital. Quant à l'art. 2151, il est ainsi conçu : « Le créancier inscrit pour un capital pro-« duisant intérêt ou arrérage a droit d'être colloqué, pour deux années seu-« lement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour « son capital; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, por-« tant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que « ceux conservés par la première inscription. »

Bien que cet article ne parle textuellement que d'*hypothèque*, je décide que la même disposition doit être appliquée au cas d'un *privilége* non dispensé de la nécessité d'une inscription, c'est-à-dire que l'inscription du privilége prise conformément à l'art. 2148-4° ne vaudra que pour deux années d'intérêts et l'année courante. La Cour de cassation a cependant jugé, il y a déjà longtemps, qu'en matière de privilége il faut suivre purement et simplement la maxime *accessorium sequitur principale*, et qu'ainsi la même inscription qui conserve le capital conserve également tous les intérêts qui pourront être dus.

Nous verrons plus loin que l'art. 448 du Code de commerce paraît impossible à concilier avec nos art. 445 et 2151, et que la difficulté très-

Une autre conséquence de ces principes, conséquence qui n'est pas écrite, il est vrai, dans l'art. 445, mais qui n'est pas moins certaine que si elle y était écrite, c'est que les créanciers gagistes pourront, sans avoir aucune formalité à remplir, se faire payer, sur les sommes provenant du gage, de tous les intérêts qui leur seront dus : car le droit commun, seul applicable ici, n'exige de leur part aucune formalité particulière (1).

sérieuse qui en résulte a déjà été soulevée plusieurs fois dans la pratique.

(1) Je ne comprends pas quelle était la pensée de M. Bravard lorsqu'il a dit que la conséquence qu'il signale ici *n'est pas écrite dans l'art.* 445. Le créancier gagiste est certainement un créancier *nanti* et même un créancier *privilégié* (C. Nap., art. 2072 et 2073); or, notre art. 445 mentionne, à deux reprises, pour la mettre sur la même ligne que la créance hypothécaire, la créance garantie par un privilége ou par un nantissement. Seulement, il n'y a pour le gage rien de semblable aux art. 2148 et 2151.

— Je suppose qu'il est dû à un créancier privilégié, hypothécaire ou nanti, 20,000 fr. de capital, plus 2,000 fr. d'intérêts qui ont couru depuis le jugement déclaratif; la somme provenant du bien affecté au privilége, à l'hypothèque ou au nantissement, n'est que de 15,000 fr. : que devrons-nous imputer sur cette somme? D'après l'art. 1254 du Code Napoléon, il faudrait dire que le créancier a le droit d'imputer d'abord les 2,000 fr. d'intérêts, puis une partie du capital, sauf à venir pour l'autre partie (7,000 fr.) au marc le franc dans la masse chirographaire. Mais de cette manière les biens du failli non affectés au privilége, à l'hypothèque ou au nantissement, serviraient indirectement au paiement d'un dividende corrélatif aux 2,000 fr. d'intérêts courus depuis le jugement déclaratif, et, par conséquent, il y aurait violation du principe de notre art. 445. En d'autres termes, il faut que le créancier puisse venir à la masse chirographaire pour 5,000 fr. seulement, et non pas pour 7,000.

Cette observation avait déjà été faite par M. Bravard, qui, dans son *Examen comparatif*, publié en 1836, reprochait au projet adopté par la Chambre des députés de n'avoir pas prévu le cas dont il s'agit. Voici comment il s'exprimait sur ce point (p. 82) : « A l'égard des créanciers hypothécaires et privilégiés, dans leurs rapports avec les créanciers purement chirographaires, je conçois qu'on les colloque pour leur capital et tous les intérêts non prescrits, mais seulement lorsque le prix de l'objet affecté à la sûreté de leur créance est suffisant pour payer le capital et tous les intérêts; et cette condition, évidemment nécessaire, qui aurait dû être indiquée dans le nouveau projet, ne s'y trouve pas! » — C'est peut-être pour faire droit à l'observation de M. Bravard qu'on a ajouté la disposition qui forme aujourd'hui le 2e alinéa de l'art. 445. Mais évidemment cette addition laisse subsister la question qui nous occupe.

Du reste, malgré le silence de la loi, la Cour de Lyon a consacré la doc-

§ IV. — DE LA CESSATION DE PAIEMENTS ET DE SES EFFETS.

Nous commençons à nous occuper d'un nouvel ordre d'idées, de l'influence que la cessation de paiements exerce sur la validité des actes faits par le failli depuis cette cessation ou dans un temps voisin (1).

La cessation de paiements a un effet fort important : car elle affecte dans leur existence légale, plus ou moins profondément, tous les actes que le failli a pu faire depuis qu'elle s'est réalisée. C'est précisément à raison de cette importance que le législateur a consacré les deux règles suivantes :

1° Il a voulu que l'époque de la cessation des paiements fût fixée d'une manière certaine et invariable ;

trine qui vient d'être exposée. Elle l'a consacrée dans son arrêt du 30 août 1861, dont voici les principaux *considérants :*

« ... Attendu qu'il n'y a aucune difficulté lorsque les sommes sur les-
« quelles doivent être payées les créances auxquelles la loi assure un droit
« de préférence suffisent à les acquitter intégralement en capital et inté-
« rêts; mais qu'en cas d'insuffisance de ces sommes la question est de sa-
« voir si l'on peut grever indirectement la masse des intérêts que le gage
« n'a pas pu couvrir; — Attendu que la décision dont est appel prescrit
« d'imputer à leur date les diverses attributions privilégiées ou hypothé-
« caires du prix des biens, d'abord sur les intérêts, subsidiairement sur le
« principal, le reliquat devant venir sans intérêts dans la masse chirogra-
« phaire de l'union; — Attendu que, dans le cas d'insuffisance des hypo-
« thèques ou des priviléges, cas qui se réalisera plus que probablement
« dans la cause, on arriverait à faire supporter, avec ce mode d'imputa-
« tion, par la masse chirographaire, des intérêts dont la loi l'affranchit;
« ... — Attendu qu'un tel résultat est en contradiction manifeste avec la loi
« spéciale de la matière; qu'il faut en conclure que le mode d'imputation
« indiqué par l'art. 1254 du Code Napoléon n'est point applicable en cas de
« faillite du débiteur, et que l'art. 445 du Code de commerce y a virtuelle-
« ment dérogé; que la dérogation peut n'être pas expresse, et qu'elle est
« suffisamment exprimée quand la loi spéciale est inconciliable avec
« la loi générale : *specialia generalibus derogant.....* » (Dev.-Car., 62, 2, 126).

(1) Voy. les art. 446-449.

2° Il a voulu que la fixation pût être attaquée par toutes les parties intéressées. On peut donc, sans contester la cessation de paiements en elle-même, contester la fixation qui en a été faite à telle ou telle date, et demander qu'elle soit placée à une autre date, soit plus reculée, soit plus rapprochée du jugement déclaratif.

Toutefois, comme l'époque de la cessation de paiements est une des bases d'après lesquelles se déterminent le montant de l'actif et celui du passif, il ne fallait pas permettre qu'elle fût mise en question lorsque les opérations destinées à constater le montant exact de l'actif et celui du passif sont terminées : car il faudrait les recommencer, puisque la base sur laquelle elles reposent serait changée. C'est pourquoi on pourra réclamer contre cette fixation jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification et d'affirmation des créances, mais non après cette clôture (art. 581).

Une observation de fait et de droit qui se rattache à celle-là, c'est que les syndics (1) seront, en général, portés à demander que la cessation des paiements soit fixée à une époque aussi antérieure que possible au jugement déclaratif, afin de faire annuler un plus grand nombre de créances et de réduire d'autant le chiffre du passif, afin aussi de faire tomber un plus grand nombre d'aliénations et d'augmenter d'autant le chiffre de l'actif. De leur côté, les créanciers et les tiers-acquéreurs seront naturellement portés à soutenir que la cessation de paiements doit être fixée à une époque rapprochée du jugement déclaratif, à une époque postérieure à la date du contrat qu'ils ont formé avec le failli, afin de sauver leurs créances ou leurs acquisitions de la nullité dont elles pourraient être frappées. — L'intérêt de la masse est que la cessation des paiements soit fixée à une époque antérieure de beaucoup au jugement déclaratif : car il en résultera qu'un plus grand nombre d'actes seront annulés. Les tiers-ac-

(1) Qui représentent la masse, qui sont spécialement chargés de défendre ses intérêts.

quéreurs, au contraire, qui auront traité avec le failli dans les derniers temps qui ont précédé le jugement déclaratif, auront intérêt à ce que la cessation de paiements soit fixée à une date aussi rapprochée que possible de celle du jugement déclaratif, afin d'échapper à la nullité qui en dérive (1).

En conséquence, il n'y a guère de faillites, du moins de faillites importantes, dans lesquelles ces sortes de questions ne s'élèvent. Les tribunaux, du reste, ont une tendance fâcheuse à cet égard : c'est de se préoccuper moins de la véritable date à laquelle a eu lieu la cessation de paiements que des actes qui seront annulés ou maintenus suivant la manière dont cette fixation aura été faite, c'est-à-dire d'actes qui ne peuvent être, à ce moment, que très-imparfaitement connus. Quand on demande de fixer la cessation des paiements à une date où, en effet, elle existait, on risque fort d'échouer, si on n'indique pas qu'il en résultera la nullité de tel ou tels actes. Le tribunal exige ainsi une justification à peu près impossible à ce moment, et, dans tous les cas, une justification nullement rationnelle, nullement conforme à la loi (2).

A quelle date devra être fixée la cessation des paiements? L'ancien art. 441 portait que l'époque de l'ouverture de la faillite était fixée soit par la disparition du débiteur, soit par la clô-

(1) Voy., par exemple, l'affaire à l'occasion de laquelle la Cour de cassation a rendu l'arrêt du 12 mai 1841 (Dev.-Car., 41, 1, 663).

(2) Le tribunal ou la Cour impériale peut avoir très-mal fixé l'époque de la cessation des paiements : y aurait-il lieu, de ce chef, à cassation du jugement ou de l'arrêt? La Cour suprême s'est prononcée pour la négative, par son arrêt, déjà cité, du 12 mai 1841 : « En droit, dit-elle, quoiqu'on doive « conclure de ce que la loi a déterminé les caractères légaux de l'état de « faillite qu'il appartient à la Cour de cassation de déclarer si la faillite « résulte des faits reconnus constants par les tribunaux, il ne saurait en « être de même de la fixation de l'époque de son ouverture, dont la loi n'a « pas réglé et ne pouvait pas régler les éléments essentiels : la cessation de « paiements ne pouvant être établie que par l'ensemble des faits et « circonstances de la cause, dont l'appréciation est exclusivement aban- « donnée aux juges du fond, il s'ensuit que leur décision quant à ce doit « être souveraine... »

ture de ses magasins, soit par des actes constatant des refus de paiement (1). En 1838, on a fait à ce texte un double changement : on a supprimé les mots *ouverture de la faillite*, qu'on a remplacés par l'expression *cessation de paiements*, et on a également supprimé les indices que l'ancien texte signalait comme devant servir à fixer l'époque de l'ouverture de la faillite. Ainsi on a donné aux juges plus de latitude qu'ils n'en avaient sous l'ancien texte : ils peuvent, aujourd'hui, sans s'astreindre à telle ou telle circonstance isolée, à telle ou telle espèce d'actes, fixer l'époque de la cessation des paiements du failli, d'après l'ensemble de sa situation, d'après l'état de son crédit tel qu'il ressort de sa situation générale. Ils ont donc à cet égard un pouvoir illimité ; le nouvel art. 441 ne les astreint à aucune condition spéciale (2).

(1) Voy., ci-dessus, p. 19.

(2) Par exemple, les juges peuvent très-bien fixer la cessation des paiements à une époque où l'état des affaires du débiteur n'avait encore reçu aucune notoriété. Mais c'est là une idée qui n'a été admise dans la loi qu'après une longue discussion et malgré une énergique résistance. En effet, dans le projet primitif du Gouvernement, projet que sur ce point la première Commission de la Chambre des députés avait adopté sans aucune modification, il était dit (art. 443, 1er alinéa) : « Le tribunal pourra, par le « jugement déclaratif ou par jugement ultérieur, soit d'office, soit sur la « poursuite de toute partie intéressée, reporter l'ouverture de la faillite à « la date de la cessation notoire de paiements. » La Chambre vota d'abord sans discussion cet article. Mais, quand on fut arrivé à l'art. 444, qui présumait frauduleux tous actes ou paiements faits par le débiteur dans l'intervalle entre l'ouverture de la faillite et le jugement déclaratif, de sérieuses objections furent soulevées contre le système du projet. Voici comment M. Renouard y répondait, au nom de la Commission : « Nous voici placés « à cette époque à laquelle la faillite a été reportée à cause de sa notoriété, « et nous avons à examiner quel sera le sort des actes qui ont été faits « après ce moment. Quel était le système du Code relativement à ces actes, « à ces paiements, faits entre l'ouverture et la déclaration ? Ici la juris- « prudence s'est divisée. Plusieurs orateurs vous ont cité des arrêts de di- « verses Cours. Les unes, s'en tenant aux termes rigoureux du Code et à « l'esprit du législateur, révélé par les discussions du Conseil d'Etat, ont « annulé tous les actes ou paiements postérieurs à la cessation de paie- « ments, à quelque époque que l'ouverture de la faillite résultant de cette « cessation ait été reportée. D'autres, se constituant cours d'équité, chan-

Mais il reste une question de principe à résoudre. La cessation de paiements n'est pas un fait simple et unique, qui s'accomplit à un seul et même moment; c'est, au contraire, un fait complexe, composé d'une série de faits successifs, multiples et di-

« geant la loi parce qu'elle leur paraissait trop dure, ont profité de l'équivo-
« que de l'art. 442. Cet article dessaisissait le failli de l'administration de
« ses biens à compter du jour de la faillite : *Ce jour*, a-t-on dit, *n'est pas*
« *celui de l'ouverture, ou, en d'autres termes, celui de la cessation de paie-*
« *ments; c'est le jour du jugement déclaratif.* Cette jurisprudence est con-
« traire au texte et à l'esprit de la loi.....

« Au lieu de présumer la fraude de plein droit et de n'admettre aucun « tempérament, le projet du Gouvernement et celui de la Commission, « conséquents avec le principe qui leur avait fait admettre la notoriété de « la cessation de paiements comme le véritable signe de l'existence de la « faillite, ont dit : Il suffit que la notoriété, déclarée à l'égard de tout le « monde par un jugement, n'ait pas existé à l'égard de quelques individus « pour que ceux-ci soient admis à faire preuve de leur ignorance d'un fait « qui cependant était notoire. — Ici se placent les objections tirées des « principes de droit dont on a fait grandement abus : *Nul n'est tenu de faire* « *une preuve négative; c'est la fraude qui se prouve, et non la bonne foi.* Ces « principes incontestables sont ici sans application. Quel est le fait déclaré « vérité judiciaire? C'est qu'il y avait notoriété. Que dites-vous à cela? « Que cette notoriété, qui existe pour tout le monde, n'existe pas pour « vous. Que peut prouver la masse des créanciers? La preuve à sa charge « est suffisamment faite par le jugement qui a déclaré la notoriété. C'est « vous qui venez vous placer dans une catégorie particulière, en soutenant « que la position de tout le monde n'est pas la vôtre : c'est donc à vous « à prouver que vous êtes réellement dans cette situation exceptionnelle « que vous invoquez..... »

C'est alors que M. Laffitte proposa de décider qu'on ne pourrait jamais faire remonter la faillite à plus de vingt-quatre heures avant le jugement déclaratif; un autre député voulait que le délai fût porté à un mois. Mais ces amendements furent rejetés; et la Chambre finit par adopter, au lieu de l'art. 444 du projet, un article proposé par M. Mauguin et qui au fond ne différait point de l'art. 447 de la loi actuelle.

En présentant le projet de loi à la Chambre des pairs, le garde des sceaux (M. Persil) proposa d'en revenir au système du projet primitif, d'après lequel tous actes faits par le débiteur postérieurement à l'ouverture de la faillite étaient présumés frauduleux. Mais la Commission de la Chambre des pairs fut d'avis qu'on devait s'en tenir au système voté par la Chambre des députés. Voici, en effet, ce que nous lisons dans le rapport de M. Tripier : « Si vous admettez l'existence de la faillite à la date de la « cessation notoire de paiements, quel sera le sort des actes qui auront eu « lieu depuis cette date jusqu'au jugement déclaratif de la faillite? Deux

vers, de sorte que, lorsqu'il s'agira de fixer la date de la cessation des paiements, il y aura lieu de se demander si elle devra être fixée au premier des faits qui constituent cette série ou au dernier, à l'époque où elle a commencé ou bien à l'époque où elle s'est complétée.

La même question s'était déjà élevée sous l'empire de l'ancien texte du Code, et, après quelques hésitations, la jurisprudence, depuis longtemps arrêtée quand on révisa cette partie du Code de commerce, avait admis que l'ouverture de la faillite devait être fixée à la date du premier des faits qui la constituent. C'est en ce sens qu'on entendait les mots *ouverture de la faillite* (1).

Je crois qu'aujourd'hui il faut décider de même pour la fixation de l'époque de la cessation des paiements : car, si on a

« systèmes sont proposés : l'un admet la nullité absolue de tout ce que le « failli a fait dans cet intervalle; l'autre consacre la validité de tous les « actes qui ne seront pas prouvés être entachés de mauvaise foi..... Il faut « réserver dans la loi et confier aux tribunaux le pouvoir de maintenir ou « d'annuler les actes et les paiements faits dans l'intervalle de la cessation « de paiements au jugement, suivant leur nature et la bonne ou mau- « vaise foi des contractants. »

Enfin, dans le nouveau projet que le Gouvernement présenta à la Chambre des pairs le 17 janvier 1837, ce dernier système est admis. En outre, il n'est plus question d'*ouverture de faillite*, mais seulement de *cessation de paiements ;* et la condition de *notoriété* de cette cessation de paiements est complétement supprimée. — Il y eut encore une discussion très-vive à la Chambre des députés. Un amendement fut proposé, portant que le tribunal pourrait reporter l'ouverture de la faillite à la date de la cessation *notoire* de paiements; la Chambre repoussa définitivement ce système, et adopta le nouveau projet du Gouvernement. Voy. M. Bédarride, *op. cit.*, t. I, nº 61.

Un arrêt de la Cour de Nancy, du 30 juillet 1840, décide expressément que la loi s'est abstenue de donner aucune définition de la cessation de paiements, qu'elle s'en est rapportée à la prudence du juge, qu'elle l'a dispensé de l'obligation de s'attacher soit à la notoriété publique, soit à quelques-uns de ces faits extérieurs qui démontrent plus ou moins énergiquement la faillite (Dalloz, *Jurispr. gén.*, vº *Faillite*, nº 64).

(1) Ainsi, la Cour de Bordeaux, dans son arrêt du 19 décembre 1833, dit très-bien que, « si un seul protêt ne suffit pas pour constituer l'ouverture « d'une faillite, il doit en être autrement lorsqu'il est prouvé que depuis le « premier refus de paiement le débiteur a laissé tous ses autres engage- « ments en souffrance » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, vº *Faillite*, nº 157).

changé le mot, on n'a pas changé la chose ; rien n'indique qu'on ait voulu s'écarter du système suivi par l'ancien texte du Code et par la jurisprudence. Ce système, d'ailleurs, était logique, conforme à la nature du fait dont il s'agit et des éléments qui le constituent.

Ajoutons encore, et cette considération me paraît péremptoire, que les inconvénients qu'il y avait sous l'empire de l'ancien texte du Code à fixer de cette manière la cessation des paiements, inconvénients qui auraient pu faire hésiter la jurisprudence, n'existent plus aujourd'hui. En effet, sous l'empire de l'ancien texte du Code, le dessaisissement, avec les nullités inflexibles et générales qui en résultent, partait du jour même de l'ouverture de la faillite (1) ; aujourd'hui, au contraire, d'apres le texte formel de l'art. 443, premier alinéa, il ne commence que du jour du jugement déclaratif, et jamais avant, quelle que soit l'époque à laquelle le tribunal juge à propos de fixer la cessation des paiements. Il y a plus : quant aux actes faits par le débiteur depuis la cessation de ses paiements, on a singulièrement adouci la rigueur de la législation antérieure, en ne frappant d'une nullité absolue que certains actes dont l'annulation ne peut induire les tiers en perte, mais peut seulement les empêcher de faire un bénéfice, et en laissant au tribunal toute latitude pour annuler les autres ou pour les maintenir.

Il n'y a donc aucune raison aujourd'hui pour ne pas fixer l'époque de la cessation des paiements à la date du premier fait auquel se rattachent tous les autres, comme tous les anneaux d'une chaîne se rattachent au premier. C'est au premier de ces anneaux, non au dernier, qu'elle commence. C'est donc le premier fait de la série des actes qui constituent la cessation de paiements qui doit en fixer le point de départ ; c'est là la véritable date de cette cessation (2).

(1) Voy., ci-dessus, p. 77 et 78.

(2) « Quelques protêts, dit très-bien M. Bédarride (*op cit.*, n° 63), ne « suffiraient pas pour constituer la cessation de paiements. Au premier « abord, en effet, il est difficile d'apprécier si ces protêts tiennent à une

Voyons maintenant par quel acte et de quelle manière sera fixée cette époque si importante de la cessation des paiements.

La fixation sera faite par le tribunal de commerce, et par un jugement. Mais la loi laisse, à cet égard, la plus grande latitude au tribunal, qui pourra fixer l'époque de la cessation des paiements, soit par le jugement déclaratif lui-même, soit par un jugement ultérieur; et, lors même qu'il la fixerait par le jugement déclaratif, il ne serait point lié par cette fixation, laquelle ne serait considérée que comme provisoire, et il pourrait la changer par un jugement ultérieur, si de nouveaux renseignements lui montraient que la fixation première n'est pas exacte (1). Pour plus de garantie, le législateur a voulu que cette fixation, quand elle sera faite par un jugement postérieur au jugement déclaratif, le fût après un rapport du juge-commissaire, c'est à-dire du magistrat qui est le mieux renseigné sur l'état véritable de la faillite.

Voilà ce qui ressort clairement de l'art. 441. C'est aussi pour cela que dans les art. 580 et 581 il est parlé, non-seulement du jugement déclaratif, mais aussi du jugement ultérieur qui fixera l'époque de la cessation des paiements.

« gêne momentanée, passagère, plutôt qu'à une déconfiture complète.....
« S'il résulte des livres qu'au lieu de payer, le débiteur a renouvelé ses
« obligations en souffrance; si, pour faire face à quelques paiements réels,
« il s'est créé des ressources factices, soit en vendant au-dessous du cours,
« soit en se livrant à des emprunts onéreux ou en donnant ses marchandi-
« ses en nantissement, on prendra ces protêts pour point de départ de la
« cessation de paiements. Il est alors certain qu'ils n'étaient que le résultat
« d'une impuissance réelle et profonde. Ne pouvant plus faire honneur à
« ses engagements, le débiteur devait s'arrêter et se constituer en état de
« faillite. On s'exposerait, par la décision contraire, à encourager un abus
« que la loi a voulu proscrire, celui de prolonger, au détriment de l'actif,
« une existence commerciale trop gravement compromise pour qu'elle
« puisse se relever. »

(1) Il n'y a pas à distinguer, à cet égard, suivant que l'époque de la cessation des paiements a été fixée par le jugement déclaratif ou par un jugement ultérieur : dans le deuxième cas comme dans le premier, le tribunal peut revenir par un nouveau jugement sur la fixation qu'il avait d'abord admise. Voy. M. Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 68.

Enfin, le législateur nouveau a tellement tenu à ce que l'époque de la cessation des paiements ne restât jamais incertaine, que, prévoyant un cas qui assurément sera fort rare, mais qui n'est nullement impossible, celui où le tribunal n'aurait fixé l'époque de la cessation des paiements, ni par le jugement déclaratif, ni par un jugement ultérieur, il a voulu qu'elle fût réputée arrivée le jour même où le jugement qui la déclare a été rendu (1). C'est là, comme on voit, une fiction, et même une fiction exorbitante s'il en fut jamais : car presque toujours le jugement déclaratif sera postérieur à l'époque où la cessation des paiements a eu lieu. Si la faillite est déclarée d'office par le tribunal, il est clair qu'elle ne le sera que plusieurs jours après celui où elle aura eu lieu : sans aucun doute, il s'écoulera un certain laps de temps avant que le tribunal en soit informé ; et cependant elle sera réputée avoir eu lieu le jour même où le jugement déclaratif a été rendu. Si au contraire le débiteur fait au greffe l'aveu de la cessation de ses paiements, ce ne sera pas juste le jour où cette cessation aura eu lieu, la loi lui donne même un délai de trois jours ; et néanmoins, en supposant, ce qui arrivera assez souvent, que le jugement ne soit rendu que plusieurs jours après l'aveu fait par le débiteur, la cessation des paiements sera réputée avoir eu lieu seulement à la date du jugement déclaratif. Ainsi, presque toujours le résultat sera manifestement contraire à la vérité. Mais on a cru cet expédient nécessaire, parce qu'on a voulu avoir la certitude absolue que l'époque de la cessation des paiements aurait une date fixe et bien déterminée (2).

Cependant, quelque générale que soit la disposition finale de l'art. 441, il faut nécessairement admettre une restriction à la règle ; et cela prouve combien, quand une loi est, comme celle

(1) « A défaut de détermination spéciale, dit l'art. 441 *in fine*, la cessation « de paiements sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite. »

(2) « Les choses ne peuvent, à cet égard, rester dans le vague, » dit M. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 286).

des faillites, composée d'un grand nombre d'articles, il est difficile de mettre en harmonie entre elles toutes les dispositions qu'elle contient. Lorsque, conformément au second alinéa de l'art. 437, le débiteur aura été déclaré en faillite après son décès, si l'époque de la cessation de ses paiements n'avait été fixée ni par le jugement déclaratif ni par un jugement ultérieur, pourrait-on, ainsi que le veut en général l'art. 441, la considérer comme ayant eu lieu le jour même où le jugement déclaratif a été rendu? Non, évidemment: car, pour qu'un débiteur puisse être frappé d'une déclaration posthume de faillite, il faut qu'il soit mort en état de cessation de paiements, c'est-à-dire que la cessation de paiements existât au moins le jour de son décès; or, quand le jugement déclaratif a été rendu après son décès, si on plaçait l'époque de la cessation de paiements à la date de ce jugement, il en résulterait qu'il aurait été rendu dans un cas où il ne pouvait pas l'être, dans un cas où il y aurait eu cessation de paiements, non du vivant du débiteur, non de sa part, mais après sa mort et apparemment de la part de ses héritiers (1). Il faut donc ajouter à l'art. 441 *in fine* cette restriction : « sauf le cas prévu par le second alinéa de l'art. 437, cas auquel la cessation de paiements sera réputée avoir eu lieu le jour de la mort du débiteur. »

Voilà ce qui concerne l'époque de la cessation des paiements.

Maintenant occupons-nous des nullités ou présomptions de nullité qui se rattachent à cette époque.

La première observation qui se présente à cet égard, c'est que, à la différence des actes postérieurs au jugement déclara-

(1) Dans la séance de la Chambre des députés du 29 mars 1838, un membre proposa d'ajouter au texte de l'art. 441 que, dans le cas de faillite déclarée après le décès du débiteur, la cessation de paiements, à défaut de détermination spéciale faite par le juge, serait censée avoir eu lieu le jour même du décès. Si l'on n'a pas fait droit à cette proposition, c'est simplement parce qu'on a pensé que l'addition était inutile et qu'il ne pourrait s'élever aucun doute à cet égard. Voy. MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 286), Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 70) et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1660).

tif, lesquels sont tous et sans distinction frappés de nullité à l'égard de la masse, ceux qui sont postérieurs à la cessation des paiements, mais antérieurs au jugement déclaratif, sont, les uns nuls, les autres simplement susceptibles d'être annulés, suivant une distinction que j'expliquerai. C'est là, quant aux nullités qui en résultent, une première différence entre le jugement déclaratif et la cessation des paiements.

Il y en a une seconde, non moins saillante, et qui peut paraître moins certaine. Entre le jugement déclaratif et la cessation des paiements, il existe une relation étroite, une connexité intime, et en même temps une séparation profonde. D'abord il existe une corrélation étroite : car la cessation des paiements est la cause, et le jugement déclaratif est l'effet (1) : nous rencontrons donc, entre l'une et l'autre, une corrélation de cause à effet. Mais, en même temps, il existe une séparation profonde : car le jugement déclaratif produit des effets qui ne dérivent point de la cessation des paiements elle-même, qui sont inséparables de ce jugement, tels que le dessaisissement, la procédure spéciale de la faillite, etc. De son côté, la cessation de paiements a des effets qui sont indépendants du jugement déclaratif, et qui peuvent être appliqués par les tribunaux civils eux-mêmes, abstraction faite de tout jugement déclaratif : telles sont les nullités et les restrictions apportées aux droits de certains créanciers. Ces nullités, ces restrictions, se rattachent, non, comme le dessaisissement, au jugement déclaratif, mais au fait même de la cessation des paiements, laquelle peut, comme tous les faits en général, être soumise à l'appréciation des tribunaux civils, qui sont compétents pour en connaître et pour en tirer les conséquences (2).

(1) Cela résulte de la définition même que l'art. 437 donne de la faillite.

(2) J'ai déjà eu l'occasion de combattre cette doctrine (voy. ci-dessus, p. 40, note, et p. 67, note). Sans doute la loi attache certains effets à la cessation de paiements, certains autres au jugement déclaratif de faillite; mais la cessation de paiements dont la loi commerciale s'est occupée pour lui faire produire des conséquences particulières (art. 446-449), c'est uniquement celle qui est constatée par le tribunal de commerce en exécution de l'art. 440. Il n'y a jamais *cessation de paiements*, dans le sens de la loi

Ainsi, par exemple, alors même qu'il n'y aurait pas de jugement déclaratif, un créancier hypothécaire serait recevable à soutenir devant la juridiction civile que tel autre créancier inscrit avant lui ne doit pas le primer, parce qu'au moment où le débiteur a constitué hypothèque en faveur de ce créancier, qui jusque-là et dans le principe s'était contenté de la qualité de chirographaire, il était en état de cessation de paiements, et le tribunal civil pourrait, en se fondant sur ce motif, déclarer l'hypothèque nulle (1). De même, les créanciers du mari seraient

sur les faillites, là où le tribunal de commerce n'intervient pas pour rendre un jugement déclaratif de faillite. Telle est aussi l'opinion que développe M. Périnet (*Thèse pour le doctorat*, déjà citée, p. 147 et suiv.). Cette opinion va se trouver corroborée par les observations que nous présenterons dans un instant au sujet des exemples qu'indique M. Bravard.

(1) Cela est absolument inadmissible, ainsi qu'il résulte du texte même de la loi. D'abord précisons bien les faits. Un commerçant, propriétaire d'un immeuble, l'a hypothéqué à Primus le 1er mai; puis, le 14 mai, il l'a hypothéqué à Secundus, qui depuis quelque temps était déjà son créancier, mais purement chirographaire. Secundus a pris inscription le jour même où l'hypothèque lui était consentie, c'est-à-dire le 14 mai, tandis que Primus ne s'est inscrit que le 15. Aucun jugement déclaratif de la faillite du débiteur n'a été rendu par le tribunal de commerce; mais ce débiteur est insolvable, et l'immeuble hypothéqué se trouve insuffisant pour payer intégralement Primus et Secundus. Dans ces circonstances, Primus peut-il faire annuler par le tribunal civil l'hypothèque de Secundus, en prouvant que le débiteur avait cessé ses paiements le 12 mai et que, par conséquent, le 14 il était incapable de consentir une hypothèque à l'un de ses créanciers? Sur quoi Primus fonderait-il cette prétention? Sur l'art. 446. Or il suffit de lire attentivement cet article pour reconnaître bien vite que le texte même, loin de favoriser la prétention dont il s'agit, la repousse au contraire avec une force invincible. Voici ce texte : « Sont nuls et sans effet, relativement à la « masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déter- « minée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, « ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : 1°....; 2°....; « 3° Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'anti- « chrèse ou de nantissement, constitués sur les biens du débiteur pour « dettes antérieurement contractées. » En présence de ce texte, je le répète, la prétention de Primus est absolument inadmissible. En effet :

1° La loi dit que l'hypothèque constituée depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents est nulle *relativement à la masse*. Quelle est cette masse? C'est évidemment la masse de la faillite (comme dans l'art. 445), c'est l'ensemble des créanciers chirographaires d'un failli

recevables, dans une liquidation qui interviendrait à la suite d'un jugement de séparation de biens, à soutenir que les droits de la femme doivent être renfermés dans les limites étroites tracées par le Code de commerce en matière de faillite, en se fondant sur ce que le mari, contre lequel cependant il n'existerait aucun jugement déclaratif, serait en état de cessation de paiements : car cette restriction des droits de la femme dérive de la cessation même des paiements, à laquelle le jugement déclaratif n'ajoute rien (1).

Cela implique et présuppose l'existence d'un jugement déclaratif de la faillite : car il n'y a pas *masse* là où il n'y a pas unité; or, cette unité n'apparaît qu'après le jugement déclaratif, qu'après que l'intérêt commun des différents créanciers a un représentant et un défenseur dans la personne des syndics. Dans tous les cas, persistât-on à croire que la *masse* dont parle l'art. 446 peut exister même en l'absence d'un jugement déclaratif de faillite, ce qui du moins est bien certain, c'est que la loi, en prononçant la nullité de l'hypothèque *à l'égard de la masse*, n'a pas permis à un autre créancier hypothécaire, inscrit postérieurement, de se prévaloir de ladite nullité.

2° L'art. 446 suppose une hypothèque constituée depuis l'époque *déterminée par le tribunal* comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque. Quel peut être, dans la pensée du législateur, ce tribunal qui a déterminé l'époque de la cessation des paiements? Il ne me paraît pas possible que ce soit un autre tribunal que celui dont le législateur vient de parler dans l'art. 440 : « *La faillite* « *est déclarée par jugement du tribunal de commerce,* » et dans l'art. 441 : « *Par le jugement déclaratif de la faillite ou par jugement ultérieur.....* « *le tribunal déterminera..... l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de* « *paiements.* » L'emploi des mêmes expressions nous permet de dire que dans l'art. 446 on se réfère au même fait qui a été supposé jusqu'ici, c'est-à-dire au fait d'un jugement du tribunal de commerce déterminant l'époque de la cessation des paiements, soit au même instant où la faillite était déclarée, soit quelque temps après. La rédaction de la loi répugne donc véritablement à l'idée qu'un tribunal civil puisse, en l'absence de tout jugement déclaratif de faillite, déterminer l'époque où un commerçant aurait cessé ses paiements et, par voie de conséquence, annuler des actes faits depuis cette époque.

(1) Ici encore l'opinion de M. Bravard est énergiquement repoussée par le texte de la loi. La restriction des droits de la femme est établie, par les art. 557-564, *pour le cas de faillite du mari :* ce sont les expressions mêmes que nous trouvons écrites en tête de l'art. 557; et dans les articles suivants il est constamment question de *faillite*, de *failli*, de *syndics*, de *juge com-*

Après cela, je n'ai pas besoin de faire remarquer que le ministère public sera recevable, en l'absence de tout jugement déclaratif, à poursuivre un commerçant comme coupable de banqueroute simple ou frauduleuse, parce qu'il aurait cessé ses paiements et commis des actes d'inconduite ou de fraude. Cette décision est la conséquence forcée du principe que j'ai posé; elle s'appuie d'ailleurs sur des considérations d'ordre public, qui ne permettent pas de subordonner l'action du ministère public à l'intervention préalable du tribunal de commerce (1).

Du reste, quand il existe un jugement déclaratif, je crois qu'il y a chose jugée sur l'existence de la cessation des paiements, et qu'elle ne pourrait plus être mise en question devant un tribunal civil. Mais peut-être pourrait-elle l'être devant la juridiction criminelle, à cause de l'indépendance qui appartient à la juridiction criminelle vis-à-vis de la juridiction civile; c'est seulement sur ce point qu'il peut y avoir doute (2).

missaire. La loi commerciale n'a donc dérogé au droit commun que dans l'hypothèse où le mari est en faillite. Or il ne peut y avoir *faillite* (M. Bravard lui-même l'a reconnu, ci-dessus, p. 66), de même qu'il ne peut y avoir *syndics* et *juge-commissaire* que là où le tribunal de commerce a rendu un jugement déclaratif de faillite. En l'absence de ce jugement, il manque donc une condition essentielle pour l'application des art. 557-564 du Code de commerce, et, par conséquent, à moins que nous ne voulions étendre l'exception au-delà des limites tracées par le législateur, nous devons purement et simplement appliquer le droit commun.

(1) Il résulte, au contraire, des art. 585, 586 et 591 du Code de commerce que, pour pouvoir être déclaré banqueroutier, il faut avant tout être commerçant *failli*. De plus, l'art. 404 du Code pénal s'exprime ainsi : « Les « agents de change ou courtiers *qui auront fait faillite* seront punis de la « peine des travaux forcés à temps; s'ils sont convaincus de banqueroute « frauduleuse, la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité. » L'expression *failli* ou *faillite* ne pouvant, de l'aveu de M. Bravard lui-même, être régulièrement employée que là où le tribunal de commerce a rendu un jugement déclaratif, il s'ensuit de toute nécessité que le ministère public ne peut poursuivre un commerçant pour lui faire appliquer la peine de la banqueroute, ou ne peut poursuivre un agent de change ou un courtier pour lui faire appliquer la pénalité de l'art. 404, qu'autant qu'un jugement déclaratif a d'abord été rendu par le tribunal de commerce. Ajoutez ce que j'ai déjà dit ci-dessus, p. 40 et 41, note.

(2) Quant à moi, je décide sans aucune hésitation que le fait de cessation

On le voit donc, les nullités dont il s'agit ici se rattachent directement, essentiellement, à la cessation des paiements, et sont indépendantes du jugement déclaratif.

Cherchons maintenant par quels principes seront régis les actes faits depuis la cessation des paiements, et en quoi ici on s'est écarté ou rapproché du droit commun.

D'abord, il est clair qu'il s'agit d'un fait qui en lui-même est en dehors du droit commun (1), et qui, par conséquent, ne devait pas être régi purement et simplement par les dispositions de ce droit. Mais, pour bien se rendre compte des différences qui se rencontrent entre la situation dont il s'agit et les cas ordinaires, il faut comparer entre elles la position respective d'un débiteur ordinaire et de ses créanciers, et la position respective d'un commerçant et de ses créanciers.

En matière civile, rien n'empêche les créanciers, s'ils n'ont pas confiance dans la solvabilité du débiteur, de se faire donner des sûretés, de se faire consentir des hypothèques ou des gages (2). Lorsqu'ils suivent la foi du débiteur, ils courent vo-

de paiements, une fois reconnu par le tribunal de commerce compétent, dans un jugement passé en force de chose jugée, ne peut plus être révoqué en doute par une juridiction quelconque, soit civile, soit criminelle. Lorsqu'un mari a formé devant le tribunal civil une demande en désaveu de l'enfant dont sa femme est accouchée, que le tribunal a fait droit à cette demande et que son jugement est passé en force de chose jugée, le fait de la non-paternité du mari ne peut plus désormais être nié, pas plus par un tribunal criminel que par un tribunal civil. Il en est exactement de même du fait de la cessation des paiements constaté par le tribunal de commerce. Sans doute le tribunal criminel pourra se refuser à faire application de l'art. 585 ou de l'art. 591 du Code de commerce à un commerçant déclaré failli par le tribunal de commerce; mais il ne pourrait pas s'y refuser en disant que le tribunal de commerce s'est trompé et que le commerçant dont il s'agit n'a jamais été en état de cessation de paiements.

(1) Ce fait, c'est la cessation de paiements de la part d'un débiteur commerçant.

(2) L'art. 2129 du Code Napoléon suppose explicitement que l'hypothèque peut être consentie *soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur.*

lontairement la chance de son insolvabilité. Du reste, si le débiteur commet des fraudes à leur détriment, ils peuvent attaquer les actes entachés de fraude, et, en prouvant l'existence de la fraude, les faire annuler (1). Or, d'un côté, ces créanciers sont en général en rapport avec le débiteur depuis un temps plus ou moins long, ils le connaissent, ils sont domiciliés ou dans le même lieu que lui ou dans des lieux rapprochés de celui-là : ils peuvent donc surveiller sa gestion et se procurer les documents nécessaires à la preuve de la fraude. D'un autre côté, le nombre des créanciers n'est pas assez grand, et les actes faits par le débiteur ne sont pas assez multipliés, pour que la nécessité de prouver la fraude donne lieu à des procès par trop nombreux, et occasionne des frais par trop considérables. Voilà pourquoi, en droit commun, on a admis que la fraude ne se présume pas, que c'est à celui qui l'allègue à la prouver (2). C'est, en effet, au créancier à prendre ses mesures pour ne pas être dupe : *Jura vigilantibus succurrunt.*

Mais, en matière commerciale, la position est toute différente :

1° Les conditions du crédit commercial, la nature et la rapidité des opérations, ne permettent pas aux créanciers d'exiger des sûretés matérielles, et au débiteur de les fournir; les créanciers sont forcés de suivre la foi du débiteur;

2° Les créanciers ne sont pas domiciliés dans le même lieu que lui; ils sont disséminés en tous lieux, en France et à l'étranger; et, si, quand le débiteur a cessé ses paiements, ils étaient réduits à prouver la fraude pour pouvoir obtenir l'annulation des actes par lui faits depuis la cessation de ses paiements, ils se trouveraient presque toujours dans l'impossibilité de fournir cette preuve;

3° Enfin le nombre des actes faits par le failli est si grand, et les créanciers sont si nombreux, que la nécessité où ils se ver-

(1) Voy. l'art. 1167 du Code Napoléon. Ajoutez les art. 474 et 873 du Code de procédure.

(2) Voy. l'art. 1116 *in fine* du Code Napoléon.

raient d'intenter autant d'actions qu'il y aurait d'actes qui leur paraîtraient susceptibles d'être annulés, multiplierait les procès à l'infini et occasionnerait des frais énormes qui absorberaient la plus grande partie de l'actif, souvent encore en pure perte, à raison de l'impossibilité où seraient les créanciers de prouver l'existence de la fraude.

Voilà pourquoi on a admis, en faveur des créanciers d'un commerçant qui a cessé ses paiements, un principe inverse de celui du droit commun, le principe de *l'égalité entre les créanciers*. C'est, en effet, pour maintenir entre eux l'égalité que certains actes, suspects en eux-mêmes et nuisibles à la généralité des créanciers, seront nuls de plein droit, et que tous les autres pourront être annulés lorsqu'ils constitueront une infraction, et une infraction commise sciemment, au principe de l'égalité. Les créanciers qui sont sur les lieux, et qui les premiers ont connaissance de la cessation des paiements, ne pourront donc pas se faire payer par le débiteur au détriment des créanciers éloignés : car ils violeraient sciemment le principe de l'égalité, et la conséquence de cette violation serait de les obliger à rapporter la somme qu'ils auraient reçue (1).

Ainsi, toute bonne législation relative aux faillites doit reposer sur ces deux bases : 1° dessaisissement du débiteur, à partir du jugement déclaratif; — 2° à partir de la cessation des paiements jusqu'au jugement déclaratif, nullité de plein droit contre certains actes, et, pour tous les autres, en général, faculté de les faire annuler lorsqu'il y aura eu une infraction, commise sciemment par ceux avec qui le débiteur aura contracté, au principe de l'égalité, et dispense de toute preuve de mauvaise foi à l'égard du débiteur lui-même, qui ne peut ignorer la cessation de ses paiements.

Enfin, pour que le système soit complet, il faut, à l'égard de certains actes du moins, déroger au droit commun, même lorsque ces actes ont précédé de peu de temps la cessation des paie-

(1) Voy. les art. 447 et 449 du Code de commerce.

ments : car il y a des actes que le débiteur ne peut faire loyalement à une époque aussi rapprochée de la cessation de ses paiements, et qu'on peut annuler sans qu'il en résulte pour les tiers aucune perte, mais de manière qu'il en résulte simplement pour eux un manque de bénéfices ; tels sont les actes à titre gratuit, qu'on ne saurait laisser sous l'empire du droit commun, s'ils ont été faits quelques jours seulement avant la cessation des paiements. — Quant au délai en lui-même, il était arbitraire; mais on s'est accordé, dès le principe, pour le fixer à dix jours. Les actes à titre gratuit seront donc frappés de nullité de plein droit, alors même qu'ils auraient été faits avant la cessation des paiements, si c'est seulement dans les dix jours qui l'ont précédée (1).

Voilà les règles essentielles, les principes fondamentaux de la matière.

Maintenant voyons rapidement comment ces principes ont été appliqués par les diverses législations qui se sont succédé, en quoi elles s'y sont conformées ou s'en sont écartées.

Les nullités de plein droit ont été introduites en matière de faillite en 1667, par les commerçants de la ville de Lyon, qui était alors, comme elle l'est encore aujourd'hui, une des villes les plus commerçantes de la France et même du monde entier. Les commerçants de Lyon avaient adopté un règlement portant que *toutes cessions et transports sur les effets du failli seront nuls s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue;* et ce règlement avait été homologué par un arrêt du Conseil, du 7 juillet 1667. Ce règlement était particulier à la ville de Lyon.

Voilà le premier document sur la matière.

Le second est l'Ordonnance de 1673, dont le Titre XI contient un article 4 ainsi conçu : « Déclarons nuls tous transports, ces-« sions, ventes et donations de biens meubles ou immeubles.

(1) Comp. l'art. 446 et l'art. 447 du Code de commerce.

« faits en fraude des créanciers. Voulons qu'ils soient rappor-
« tés à la masse commune des effets. » Les termes de cet article ont quelque chose d'équivoque, d'ambigu : ils n'indiquent pas clairement s'il s'agit là d'une nullité de plein droit ou d'une nullité subordonnée à la preuve de la fraude. Mais, entendue en ce dernier sens, cette disposition aurait été inutile, car elle n'aurait rien ajouté au droit commun (1) : aussi l'entendait-on généralement dans le sens d'une nullité de plein droit, ce qui était conforme aux premiers mots : *déclarons nuls*, et aux derniers, *voulons qu'ils soient rapportés à la masse commune des effets*. On voyait donc là une nullité de plein droit dont étaient frappés, comme présumés faits en fraude des créanciers, les actes postérieurs à l'époque indiquée par le règlement de 1667 (2). Toutefois, cette rédaction de l'Ordonnance manquait de clarté, elle avait besoin d'être rectifiée et complétée.

Elle le fut en 1702 par une Déclaration, qui est le troisième en date des documents sur la matière, et qui est aussi la source où ont été puisées les dispositions du Code. Cette Déclaration fit

(1) Le principe de l'*action paulienne* (voy., aux Institutes de Justinien, le § 6 du Titre *De actionibus*) était généralement suivi dans notre ancienne jurisprudence, avant d'avoir été formulé dans l'art. 1167 du Code Napoléon. Voy. notamment Pothier (*Traité des obligations*, n° 153).

(2) La plupart des auteurs modernes entendent autrement que M. Bravard la disposition de l'Ordonnance :

« Les lois romaines, dit M. Locré (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 87), n'admettaient que la nullité subordonnée à la preuve de la « fraude. L'Ordonnance de 1673 n'avait également établi que cette nullité. « Cette loi ne la limitait, au surplus, ni par l'époque ni par la nature de « l'acte. »

« L'Ordonnance de 1673, dit M. Massé (*op. cit.*, t. II, n° 1213), se bor-
« nait à rappeler un principe général et de droit commun, qui n'a rien de
« particulier au cas de faillite et dont les créanciers peuvent en toute ma-
« tière et en tout temps se prévaloir. »

« L'Ordonnance de 1673, dit enfin M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 101), « exigea, pour que les transports, cessions, ventes ou donations de biens « meubles ou immeubles, pussent être annulés, qu'ils fussent faits en fraude « des créanciers. C'était donc à ceux-ci à justifier l'existence de cette « fraude, dont la preuve pouvait seule amener la réparation du préjudice « qu'ils pouvaient avoir éprouvé. »

disparaître toute incertitude sur le caractère des nullités dont il s'agit : elle était conçue dans des termes qui consacraient, aussi formellement que possible, ces nullités comme opérant de plein droit. Elle rectifiait donc, à cet égard, l'art. 4 du Titre XI de l'Ordonnance de 1673 (1). De plus, elle complétait le système inauguré par le règlement de 1667, en ajoutant au nombre des actes nuls de plein droit les hypothèques, dont il n'était fait mention ni dans le règlement de 1667 ni dans l'Ordonnance de 1673. Enfin elle prenait pour point de départ de ces nullités, comme le règlement de 1667, l'époque où la cessation des paiements avait été publiquement connue, et même (2) elle les faisait remonter aux dix jours antérieurs à cette époque.

Du reste, je crois utile de reproduire ici le texte même de la Déclaration de 1702 :

« L'application que nous avons continuellement à tout ce qui « peut être avantageux au commerce de notre royaume aurait « donné lieu aux négociants de nous représenter que rien ne « peut contribuer plus efficacement à rendre le commerce flo- « rissant que la fidélité et la bonne foi ; et, quoique nous ayons « fait plusieurs règlements sur ce sujet, et principalement par « notre Édit du mois de mars 1673, portant règlement pour « le commerce des marchands et négociants tant en gros « qu'en détail, il ne laisse pas de se commettre souvent de « très-grands abus dans les faillites des marchands, par des ces- « sions, transports, obligations et autres actes frauduleux, soit « d'intelligence avec quelques-uns de leurs créanciers, ou pour « supposer de nouvelles dettes, et par des sentences qu'ils lais- « sent rendre contre eux à la veille de leur faillite, à l'effet de « donner hypothèque et préférence aux uns au préjudice des « autres : ce qui cause des procès entre les véritables et anciens « créanciers et les nouveaux ou prétendus créanciers hypothé-

(1) Je crois bien qu'elle ne se bornait pas à rectifier la forme de l'article ; elle posait une règle que l'Ordonnance de 1673 n'avait aucunement consacrée.

(2) Toujours comme le règlement de 1667.

« caires, sur la validité de leurs titres, et fait perdre en tout ou en « partie aux créanciers légitimes ce qui leur est dû, ou les oblige « à faire des accommodements ruineux; — que les négociants « de la ville de Lyon, pour obvier à ces inconvénients, ont pro- « posé plusieurs articles en forme de règlement, qui ont été au- « torisés et homologués par arrêt du Conseil du 7 juillet 1667, « par lesquels il est porté, entre autres choses, que toutes ces- « sions et transports sur les effets des faillis seront nuls s'ils ne « sont pas faits dix jours au moins avant la faillite publique- « ment connue ; que la disposition de cet article, qui est le trei- « zième dudit règlement, explique l'art. 4 de notre Édit du mois « de mars 1673 appelé *le Code marchand*, au *Titre des faillites*, « et prévient toutes les difficultés et contestations auxquelles l'ar- « ticle du Code donne lieu quelquefois sur la validité des ces- « sions, transports et autres actes qui se font à la veille des fail- « lites ; que ces difficultés cesseraient, et qu'il y aurait moins de « lieu à la fraude, s'il y avait une règle uniforme pour tout le « royaume, et un temps prescrit, dans lequel les cessions, trans- « ports et tous actes qui se feraient par les marchands débiteurs, « seraient déclarés nuls, même les sentences qui seraient ren- « dues contre eux.

« A ces causes, déclarons et ordonnons que toutes cessions et « transports sur les biens des marchands qui font faillite seront « nuls et de nulle valeur s'ils ne sont faits dix jours au moins « avant la faillite publiquement connue ; comme aussi que les « actes et obligations qu'ils passeront par-devant notaires au « profit de quelques-uns de leurs créanciers ou pour contracter « de nouvelles dettes, ensemble les sentences qui seront rendues « contre eux, n'acquerront aucune hypothèque ni préférence sur « les créanciers chirographaires, si lesdits actes et obligations ne « sont passés et si lesdites sentences ne sont rendues pareille- « ment dix jours au moins avant la faillite publiquement con- « nue. Voulons et entendons, en outre, que notre Édit du mois « de mars 1673 demeure dans sa force et vertu et soit exécuté « selon sa forme et teneur. »

Voilà quelle était la législation en vigueur à l'époque où fut rédigé le Code de commerce (1).

Les auteurs de ce Code n'hésitèrent pas à adopter le système des nullités de plein droit, et à le consacrer comme une des bases de la législation sur les faillites. Mais ils n'établirent pas une ligne de démarcation assez nettement tranchée entre le dessaisissement et ces nullités. Ils avaient rattaché le dessaisissement à la cessation des paiements, qui en était le point de départ (2); et alors les nullités dont il s'agit s'appliquaient seulement aux actes faits dans les dix jours antérieurs, lesquels échappaient aux conséquences du dessaisissement (3). — Les rédacteurs du Code de commerce n'avaient pas non plus assez nettement et assez logiquement délimité les actes auxquels s'appliqueraient ces nullités de plein droit et ceux auxquels elles ne s'appliqueraient pas.

Les rédacteurs du Code de commerce, en empruntant au règlement de 1667 et à la Déclaration de 1702 les nullités de plein droit, en avaient changé le point de départ. Ce point de départ n'était plus *la notoriété de la faillite;* c'était *l'ouverture de la faillite*, dont l'époque était fixée par des indices matériels, savoir : la disparition du débiteur, la clôture de ses magasins, des actes constatant des refus de paiement (4). Voilà, du reste, à peu près le seul changement qu'ils eussent fait à la législation antérieure : car ils avaient maintenu le délai de dix jours, et, d'une manière générale, comme la législation antérieure, ils avaient assimilé les actes faits dans ce délai à ceux faits postérieurement (5). Tou-

(1) Il paraît, du reste, que la Déclaration de 1702 n'avait pas été enregistrée dans tous les Parlements.

(2) Voy., ci-dessus, p. 77 et 78.

(3) Ainsi s'explique la rédaction, singulière au premier abord, des art. 443-446 du Code de 1808 : dans ces quatre articles il est toujours question d'actes faits *dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite*, il n'est pas dit un mot des actes qui auraient été faits *depuis cette ouverture.*

(4) Voy., ci-dessus, p. 19, 189 et 190.

(5) L'assimilation existait virtuellement, mais nulle part elle n'était écrite en termes formels.

tefois, les rédacteurs du Code de commerce avaient cru devoir consacrer un principe, déjà reconnu par la jurisprudence, et, d'ailleurs, incontestable en soi, mais qui n'était encore formulé par aucun texte de loi, le principe que les nullités dont il s'agit ne pourraient pas profiter au débiteur ni être invoquées par lui, qu'elles ne pourraient l'être que par les créanciers (1).

Arrivons à la législation actuelle.

Une des causes qui avaient rendu nécessaire la révision de cette partie de la loi commerciale, c'était la trop grande extension donnée par les rédacteurs du Code soit au dessaisissement, soit au système des nullités de plein droit, qu'ils avaient appliqué à des actes qui auraient dû en être affranchis. Il y avait donc à cet égard des rectifications à faire aux articles du Code :

La première consistait à fixer le dessaisissement à la date même du jugement déclaratif ; et, comme nous l'avons déjà vu, c'est ce qui a été fait par le nouvel art. 443.

Quant aux nullités de plein droit, on reconnut d'un commun accord la nécessité de les consacrer, comme une conséquence

(1) Ce principe est posé dans l'art. 444. Au surplus, je crois utile de mettre ici sous les yeux du lecteur le texte complet des cinq articles qui, suivant l'expression de M. Locré, forment le système du Code de 1808 sur ce qui est fait en fraude des créanciers du failli :

Art. 443. « Nul ne peut acquérir privilége ni hypothèque sur les biens « du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. »

Art. 444. « Tous actes translatifs de propriétés immobilières, faits par le « failli, à titre gratuit, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la « faillite, sont nuls et sans effet, relativement à la masse des créanciers; « tous actes du même genre, à titre onéreux, sont susceptibles d'être an- « nulés, sur la demande des créanciers, s'ils paraissent aux juges porter « des caractères de fraude. »

Art. 445. « Tous actes ou engagements pour fait de commerce, contractés « par le débiteur dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, « sont présumés frauduleux quant au failli; ils sont nuls lorsqu'il est « prouvé qu'il y a fraude de la part des autres contractants. »

Art. 446. « Toutes sommes payées dans les dix jours qui précèdent « l'ouverture de la faillite, pour dettes commerciales non échues, sont « rapportées. »

Art. 447. « Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont « nuls. »

forcée des conditions propres au crédit commercial, e de l'égalité qu'il importe à l'existence de ce crédit et à la sécurité du commerce de maintenir entre tous les intéressés (1). On reconnut aussi, mais non sans contestations, la nécessité de prendre pour point de départ de ces nullités la cessation des paiements, et de laisser aux juges le soin de fixer, après l'examen de la situation, l'époque de cette cessation, sans qu'elle dépendît d'actes précis et indiqués d'avance par la loi. On supprima donc les mots *ouverture de la faillite*, qui se trouvaient dans le Code, ainsi que les diverses circonstances indiquées par les auteurs du Code comme devant servir à en fixer l'époque, et on se borna à dire que les nullités de plein droit s'appliqueraient aux actes qui en seraient susceptibles, lorsqu'ils seraient faits depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque (2).

Toutefois, cette disposition ne fut pas admise sans difficulté et de prime abord. Les auteurs du premier projet y avaient même inséré une disposition qui, se conformant à la base adoptée par le règlement de 1667 et par la Déclaration de 1702, fixait le point de départ des nullités de plein droit à l'époque où la cessation des paiements était devenue notoire. C'était, comme on voit, un retour à la législation antérieure au Code, et cette modification au système du Code avait d'abord été adoptée par la Chambre des députés ; mais on finit par reconnaître que cette restauration de l'ancien droit était fâcheuse, et contraire aux véritables principes de la matière. En effet, il s'agit de nullités absolues, inflexibles : comment, dès lors, pourrait-on sans incohérence les rattacher à une donnée essentiellement relative, variable et jusqu'à un certain point arbitraire, telle que la notoriété de la

(1) « Personne, pendant le cours des longues discussions élevées au sein « des Chambres législatives, n'a combattu le principe de l'annulation de « plein droit que l'art. 446 a maintenue » (M. Renouard, *op. cit.*, t. i, p. 364).

(2) Voy. le commencement du nouvel art. 446.

faillite ? La cessation de paiements, comme tout autre fait, et plus que tout autre, sera souvent notoire dans une ville et non dans une autre, pour telle classe de personnes et non pour telle autre. D'ailleurs, il aurait fallu apprécier la notoriété, en fixer l'époque précise, non pas dans le présent, mais dans le passé, à une époque antérieure de plusieurs mois, et de plusieurs années peut-être, à celle du jugement déclaratif, et cela eût été à peu près impossible. Ce système aurait abouti, en définitive, à la suppression indirecte des nullités de plein droit : car, en fait, on aurait presque toujours déclaré que la cessation des paiements n'était devenue notoire que du jour où elle avait été reconnue par jugement et rendue publique.

Aussi cette tentative irréfléchie de retour à l'ancien droit échoua finalement, et l'article qui rattachait les nullités de plein droit à la notoriété de la faillite, fut avec grande raison remplacé par la disposition actuelle, qui les rattache à la cessation de paiements elle-même (1).

Enfin, en 1838, on rectifia en deux points essentiels les dispositions du Code sur les nullités de plein droit : 1° en restreignant ces nullités aux actes qui devaient en être justement frappés ; 2° en ayant soin, tout en maintenant le délai de dix jours antérieurs à la cessation des paiements, de n'appliquer cette rétroactivité aux nullités de plein droit, que pour les actes à l'égard desquels elle n'avait pas d'inconvénients, — ce que ne faisait pas la législation antérieure : car elle appliquait cette rétroactivité à tous les actes en général émanés du débiteur.

Du reste, dans la nouvelle loi, comme dans le Code, on a formulé ce principe que les nullités dont il s'agit ne sont prononcées que par rapport aux créanciers et non par rapport au débiteur, qui ne peut jamais les invoquer ni en profiter (2).

Voilà un aperçu général de la marche qu'a suivie en cette

(1) Voy. ce que j'ai déjà dit à ce sujet, ci-dessus, p. 190, note 2.
(2) C'est un point sur lequel je reviendrai dans un instant.

matière la législation depuis 1667 jusqu'à nos jours, de ses variations et de ses progrès.

Maintenant expliquons en détail les dispositions de la législation actuelle.

1° *Actes nuls de plein droit.*

Aux termes de l'art. 446, « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : Tous actes translatifs de propriétés, mobilières ou immobilières, à titre gratuit; — Tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues; et, pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce; — Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement, constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. »

On le voit, il s'agit bien là d'une nullité de plein droit, qui ne laisse aux juges aucun pouvoir discrétionnaire, qu'ils ne peuvent pas tempérer par l'appréciation des circonstances, de la bonne foi des contractants; — qui ne dépend, en un mot, que de la nature des actes et de la vérification de leur date; — que les juges sont chargés, à proprement parler, non de prononcer, mais seulement de déclarer, puisque c'est la loi elle-même qui la prononce (1). On peut dire qu'à l'égard des actes frappés de

(1) J'admets, avec M. Renouard (t. 1, p. 364), que l'un des actes indiqués par l'art. 446, s'il avait été fait avant les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements, pourrait encore être annulé aux termes de l'art. 1167 du Code Napoléon. Mais cette annulation aurait peut-être un résultat tout autre que l'annulation qui a lieu en vertu de l'art. 446. En effet, celle-ci profite à la masse entière de la faillite, aussi bien aux créanciers qui sont devenus tels depuis que l'acte a été fait qu'aux créanciers déjà existants lors de cet acte. Au contraire, l'acte annulé par application

ces nullités, c'est le dessaisissement qui rétroagit jusque-là : car les juges n'ont pas plus de latitude que si ces actes avaient été faits après le jugement déclaratif. On peut donc, je le répète, considérer ces nullités comme tenant à une sorte de rétroactivité donnée au dessaisissement, lequel, à l'égard de certains actes, remonterait jusqu'au jour de la cessation des paiements et même jusqu'aux dix jours antérieurs.

De plus, le premier alinéa de l'art. 446, qui consacre formellement, comme étant le point de départ des nullités de plein droit, l'époque de la cessation des paiements et les dix jours précédents, consacre aussi formellement le principe que ces nullités n'existent que relativement à la masse et non relativement au débiteur (1).

de l'art. 1167 n'est annulé qu'au profit des créanciers en fraude de qui il a été fait, c'est-à-dire des créanciers déjà existants au moment où l'acte est intervenu. Sur ce dernier point, voy. MM. Aubry et Rau, t. III, § 313, notes 10 et 42.

(1) La jurisprudence a souvent à faire application de ces mots de l'art. 446, *à l'égard de la masse*. Voici quelques-unes des décisions qu'elle a déjà rendues en ce sens :

Le 16 avril 1851, le sieur R. est déclaré en état de faillite ; l'époque de la cessation de ses paiements est fixée au 1er mai 1848. Le 18 février 1850, R., débiteur envers la dame C. d'une somme exigible de 4,000 fr., avait fait novation en se constituant débiteur d'une rente viagère de 400 fr. par an ; pour sûreté de cette rente, les sieur et dame R. s'étaient obligés solidairement, avaient hypothéqué un immeuble à eux appartenant, et enfin la dame R. avait subrogé la dame C. dans son hypothèque légale de femme mariée. Après le jugement déclaratif, la nullité de l'acte du 18 février 1850 est demandée contre la dame C. et prononcée par le tribunal de Montargis. Mais, sur l'appel, la Cour d'Orléans, par un arrêt du 16 juin 1852, commence par établir que l'acte du 18 février 1850 ne tombe point sous l'application de l'art. 446 du Code de commerce. Elle ajoute que, « dans tous les « cas, en ce qui touche les effets de la subrogation obtenue par l'appelante « dans l'hypothèque légale de la dame R., les actes annulés par l'art. 446 « ne sont pas frappés d'une nullité absolue, mais qu'ils sont nuls *relative-* « *ment à la masse ;* — Que, dès lors, en admettant la nullité de la consti- « tution de rente et de l'hypothèque conventionnelle, vis à vis de la « masse des créanciers R., l'obligation principale souscrite solidairement « par les époux R. subsisterait entre eux et la dame C., pour être exécutée, « de la part de R., sur les biens dont il pourrait disposer après le règle- « ment de sa faillite, et, dès à présent, de la part de la dame R., sur

Maintenant demandons-nous quels sont les actes qu'on devait frapper et qu'on a effectivement frappés d'une nullité de plein droit, par cela seul qu'ils ont été faits, soit depuis la cessation des paiements, soit dans les dix jours précédents.

Ce sont les actes les plus dommageables à la masse et les plus suspects de fraude, les actes qui ont cela de particulier qu'ils font sortir une valeur de la masse sans y en faire rentrer aucune, les actes, par conséquent, que le débiteur ne peut pas faire loyalement à un moment où il a déjà cessé ou bien où il est sur le point de cesser ses paiements. En un mot, ce sont des actes à titre gratuit : car ils ont le double caractère que je viens d'indiquer. De plus, on peut les annuler sans que ceux en faveur de qui ces actes ont eu lieu éprouvent une perte; ils manquent seulement de gagner, et il ne serait pas juste qu'ils fissent un bénéfice alors que tous les créanciers sont en perte.

Voilà pourquoi, dans l'art. 446, on a indiqué en première ligne, comme frappés de nullité de plein droit, des actes à titre gratuit.

« ses biens personnels, droits, créances et reprises..... » (Dev.-Car., 53, 2, 661).

Une hypothèque, consentie par le sieur T. depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation de ses paiements, avait été déclarée nulle par application de l'art. 446. Le sieur T., ayant ensuite obtenu un concordat qui le replaçait à la tête de ses affaires, assignait le créancier hypothécaire pour voir ordonner la radiation de son hypothèque. Mais cette demande en radiation fut successivement repoussée en 1re instance et en appel; et finalement le pourvoi du sieur T. fut rejeté par un arrêt de la Chambre des requêtes, du 15 juillet 1857, fondé sur ce que « des termes exprès de « l'art. 446 du Code de commerce il résulte que la nullité établie par cet « article est prononcée *relativement à la masse des créanciers*, et ne peut « profiter au failli, que rien n'autorise à revenir contre les actes qu'il a « contractés librement et en pleine connaissance de cause..... » (Dev.-Car., 58, 1, 705).

Même décision dans un arrêt de la Cour de Douai, du 17 février 1859 (Dev.-Car., 59, 2, 294).

Enfin je citerai encore, comme se rattachant au même ordre d'idées, un arrêt de la Cour de cassation, du 17 juillet 1861, aux termes duquel les syndics de la faillite ont seuls qualité pour demander la nullité des actes qui tombent sous l'application de l'art. 446 (Dev.-Car., 62, 1, 374).

Aux termes de cet article, *Sont nuls et sans effet : 1° tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit.* L'ancien texte ne parlait que des actes à titre gratuit translatifs de propriétés *immobilières*. L'idée du législateur n'était pas d'affranchir de la nullité les actes translatifs de propriété mobilière ; son idée était qu'on aurait pu supposer peut-être que, les immeubles étant en dehors du commerce, les actes translatifs de propriété immobilière n'étaient pas nuls de droit (1). C'est pour prévenir toute difficulté que les rédacteurs de la loi nouvelle ont cru devoir insérer dans l'art. 446 ces mots : *propriétés mobilières ou immobilières* (2).

(1) M. Locré donne une autre explication. « Il s'agit de savoir, dit-il, « pourquoi l'art. 444 restreint la nullité à la disposition à titre gratuit des « propriétés immobilières.... Il y aurait eu des inconvénients à prononcer « indéfiniment la nullité de plein droit des dispositions mobilières :

« 1° On aurait enveloppé dans cette proscription générale, même les « petites donations qui ont un motif juste et légitime. Si, par exemple, un « négociant, près de fermer ses magasins, donne à un domestique, à un « commis, qui l'ont servi avec fidélité pendant de longues années, une « légère somme pour les faire subsister jusqu'à ce qu'ils soient repla- « cés, ira-t-on permettre à des créanciers impitoyables de révoquer cet « acte bien plus de justice que de bienfaisance, et qui, étant moins une « donation qu'un supplément de gages, n'est que l'acquittement d'une dette « naturelle ?

« 2° La chicane aurait cherché à faire passer pour des donations déguisées « beaucoup d'actes et de transactions d'une nature toute différente,— « des actes qui, étant faits sous la foi publique, doivent être à l'abri de « toute attaque. Que, par exemple, un négociant, pendant les dix jours qui « précèdent sa faillite, et peut-être dans la vue de se faire des ressources « pour la prévenir, vende une partie de marchandises au-dessous du prix « courant : il ne faut pas que les créanciers puissent tourmenter l'acheteur, « en soutenant que la vente est en partie supposée, qu'elle prend le ca- « ractère de donation pour ce qui est vendu au-dessous du minimum du « prix et qu'à ce titre elle est nulle de plein droit.

« Il était donc préférable de ne donner de recours contre les dispositions « mobilières à titre gratuit qu'en assujettissant les réclamants à rapporter « la preuve positive qu'elles sont entachées de fraude et de collusion. Le « juge, n'étant pas lié par une règle absolue, étant libre de suivre sa con- « science et l'équité, conserve le pouvoir d'étouffer les clameurs de la chi- « cane et de la cupidité... » (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 126).

(2) La mention des actes translatifs de propriétés *mobilières* est due à la

Mais ils auraient bien fait de ne pas emprunter à l'ancien texte ces expressions *translatifs de propriété :* car elles manquent d'exactitude. En effet, il n'est nullement nécessaire que l'acte soit translatif de propriété ; et, quand même le débiteur se serait simplement obligé à titre gratuit ou aurait fait remise d'une dette, il n'y en aurait pas moins nullité de plein droit. Le législateur aurait donc bien fait de se borner à dire *tous actes à titre gratuit* (1).

Toutefois, il s'élève ici une question fort grave et fort importante, qui est vivement débattue et diversement résolue par la jurisprudence : faudra-t-il considérer comme nulles de plein droit les donations contractuelles, c'est-à-dire faites par contrat de mariage, et en vue du mariage, à l'un des futurs conjoints (2) ? Le donataire serait-il tenu de rapporter ce qui lui aurait été ainsi donné, quelle que fût sa bonne foi, si le donateur, au moment où il a fait cette disposition, était déjà en état de cessation de paiements, ou s'il était tombé en cet état dans

première Commission de la Chambre des députés. « La Commission a « pensé, disait le rapporteur M. Renouard, qu'il n'existe aucun motif de « traiter avec plus de faveur les transmissions gratuites de propriétés mo- « bilières; donations plus dangereuses pour la masse, parce que les occa- « sions en sont beaucoup plus fréquentes, et parce qu'il est plus facile d'en « effacer les vestiges et de détourner les preuves de connivence et de « fraude. »

(1) La nullité doit s'appliquer aux actes portant constitution d'un droit d'usufruit ou de servitude, constitution d'une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers, comme aussi aux actes portant renonciation à un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque. — En comparant l'art. 447, qui parle des *actes à titre onéreux*, on arrive à se convaincre que, dans la pensée de la loi, l'art. 446-1° embrasse effectivement tous les *actes à titre gratuit*.

(2) La question que pose ici M. Bravard s'élève par cela seul que la donation est faite *en faveur du mariage*, lors même qu'elle ne serait pas faite *dans le contrat de mariage*. En effet, la loi accorde certaines prérogatives à la donation, dès l'instant qu'elle est faite *en faveur du mariage* (voy. C. Nap., art. 959 et 960). — D'un autre côté, M. Bravard a tort de supposer exclusivement le cas où la donation est faite *à l'un des futurs conjoints :* peu importe qu'elle soit faite à un seul des futurs conjoints ou à tous les deux (voy. C. Nap., art. 1081 et suiv.).

les dix jours? La donation ne pourrait-elle pas être maintenue, en raison de la bonne foi du donataire? L'intérêt de la question est fort grand, comme on voit, d'autant plus que les donations contractuelles sont très-fréquentes.

D'où vient la difficulté? De ce que ces sortes de donations ont un caractère mixte : elles participent, d'un côté, des actes à titre gratuit, de l'autre, des actes à titre onéreux. Elles participent des actes à titre gratuit : car, aux termes des art. 843, 920 et 1090 du Code Napoléon, elles sont sujettes au rapport et à la réduction (1). Elles participent aussi des actes à titre onéreux : car elles sont destinées à fournir au donataire le moyen de subvenir aux charges du mariage; elles sont faites sous cette condition que le donataire supportera les charges du mariage. Elles ont donc évidemment, à cet égard, le caractère de contrats à titre onéreux : aussi le donateur est-il tenu de fournir les intérêts à compter du jour où commencent les charges du mariage; aussi est-il soumis à la garantie envers le donataire (2), tandis qu'en général le donateur en est dispensé, il donne la chose telle qu'il l'a, et se borne à mettre le donataire en son lieu et place sans aucune garantie (3).

Il y a donc ici la réunion de deux caractères différents et bien tranchés, caractère à titre gratuit, caractère à titre onéreux. Mais, comme, en ce qui concerne la validité de l'acte, on ne peut pas tout à la fois appliquer et ne pas appliquer les nullités de plein droit, il faut nécessairement choisir entre ces deux caractères, dont l'un entraîne la nullité de plein droit et dont l'autre

(1) Ajoutez qu'en général elles sont sujettes à la révocation pour survenance d'enfants (C. Nap., art. 960).

(2) Voy. les art. 1440, 1547 et 1548 du Code Napoléon.

(3) Les jurisconsultes romains admettaient que le mari à qui une dot a été constituée *in fraudem creditorum constituentis* doit être considéré comme l'ayant reçue à titre onéreux et non à titre gratuit, en ce sens qu'il ne sera tenu de l'action paulienne qu'autant qu'il aura été *conscius fraudis* (voy. Venuleius, L. 25 §§ 1 et 2, Dig., *Quæ in fraud. credit.*). Cette doctrine raisonnable doit être suivie chez nous, et elle a été effectivement consacrée par la jurisprudence.

en affranchit : il faut voir quel est celui qui doit être considéré comme prédominant, car c'est de cette donnée que dépendra la nullité ou la validité de l'acte. Or, quant à moi, il me semble que le caractère prédominant est ici le caractère d'acte à titre gratuit. Il me semble que ces sortes de donations rentrent dans les termes de l'art. 446, sont comprises dans ces mots *tous actes*, qui sont très-généraux et ne distinguent pas entre les actes qui sont purement à titre gratuit et ceux qui offrent un mélange d'actes à titre gratuit et d'actes à titre onéreux. Par cela seul qu'un acte est à titre gratuit, il est nul de droit, d'après notre texte (1).

A ce premier argument, il faut en ajouter un autre, et celui-ci est même plus grave, car il est tiré de l'esprit de la loi. A l'égard des créanciers, les donations contractuelles ne diffèrent en rien des autres donations. En effet, bien qu'elles imposent certaines charges au donataire, elles ne font rien rentrer dans l'actif en remplacement de ce qu'elles en font sortir ; elles diminuent purement et simplement le gage des créanciers. Il n'y a donc aucune raison de distinguer entre ces donations et les autres. Or, les nullités dont il s'agit ont été admises dans l'intérêt des créanciers, dans leur seul intérêt : dès lors, c'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour appliquer sainement l'art. 446, en ce qui concerne les actes à titre gratuit.

Enfin, il y a une considération d'un autre ordre, qui me paraît décisive. Ne pas appliquer l'art. 446 aux donations contractuelles, ce serait réduire cet article à l'état de lettre morte : car, si en général les donations sont des actes rares, exceptionnels, que l'on ne fait qu'à l'occasion du mariage de ses proches parents et de ses enfants, et en vue de le faciliter, cela est plus vrai encore de la part des commerçants, et des commerçants qui, comme le suppose l'art. 446, sont déjà en état de cessation de

(1) L'acte dont nous parlons est bien certainement un acte à titre gratuit, en ce sens que la personne de qui il émane, fût-elle l'ascendant du futur époux, n'était aucunement tenue de faire ledit acte (C. Nap., art. 204).

paiements ou sur le point d'y tomber; et l'art. 446 ne s'applique qu'aux donations faites dans ces circonstances. Il est dès lors bien difficile de supposer que les rédacteurs du Code de commerce et les auteurs de la loi de 1838 n'aient pas compris dans les termes si généraux de leur disposition les donations contractuelles, qui sont à peu près les seules auxquelles cette disposition puisse s'appliquer (1).

(1) J'admets, avec la jurisprudence, que la donation faite *dotis causâ* ne peut être révoquée, aux termes de l'art. 1167 du Code Napoléon, comme ayant été faite en fraude des créanciers du donateur, qu'autant que ceux-ci établissent la mauvaise foi soit du mari, soit même de la femme : ici, en effet, nous ne sommes gênés par aucun texte particulier, nous pouvons décider la question dans le sens qui paraît le plus raisonnable et le plus conforme aux principes généraux du droit. Lors au contraire que la donation dont il s'agit a été faite par un commerçant dans les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements ou depuis cette époque, nous sommes liés par le texte absolu de l'art. 446 : la donation *dotis causâ* est un acte à titre gratuit dès qu'on se place au point de vue des créanciers de la faillite, et il est incontestable que la loi commerciale s'est placée surtout à ce point de vue quand elle a établi les nullités de plein droit. Supposons qu'un créancier accorde une prorogation de terme à son débiteur moyennant que celui-ci lui consente une hypothèque : si cet arrangement a eu lieu neuf ou dix jours avant l'époque de la cessation des paiements du débiteur, certes il est possible que ni le débiteur ni le créancier n'aient agi en fraude des droits des créanciers, que par conséquent il n'y eût pas moyen de faire application de l'art. 1167, et cependant l'hypothèque sera parfaitement annulée aux termes de notre art. 446. De même, toute donation faite par un commerçant depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents doit être tenue pour nulle, sur la demande des syndics, sans que le donataire soit recevable à dire : « J'étais en réalité un acquéreur à titre onéreux, et, par conséquent, vous devez prouver ma mauvaise foi. » — Du reste, les auteurs ne font pas la distinction que j'indique : sauf la nécessité de prouver l'*animus fraudandi* chez le débiteur, nécessité qui n'existe pas en matière de faillite, ils admettent que la doctrine consacrée relativement à la constitution de dot quand il s'agit d'appliquer l'art. 1167 doit être purement et simplement suivie quand il s'agit d'appliquer notre art. 446. Voy. MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 367 et suiv.; Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 107; Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n^os^ 277 et 278. — J'ajoute que, sous l'empire du Code de 1808, la question a été portée à la Cour de cassation; et, par un arrêt du 25 février 1845, la Chambre des requêtes a jugé que « la première disposition de l'art. 444 « du Code de commerce, concernant la nullité absolue des actes translatifs « de propriété à titre gratuit, faits dans les dix jours de la faillite, n'était

La seconde catégorie d'actes nuls de plein droit m'arrêtera moins longtemps. Elle comprend les *paiements de dettes non échues*. Il y avait deux raisons pour annuler ces paiements. D'une part, ils constituent une espèce de libéralité, puisque le débiteur fait ce à quoi il n'est pas tenu, ce qu'on ne saurait exiger de lui. D'autre part, il ne peut le faire loyalement et de bonne foi, ayant déjà cessé ou étant sur le point de cesser ses paiements ;

« pas applicable à l'acte qui, résultant d'une constitution dotale, n'était pas « purement gratuit, surtout vis à vis de l'époux qu'elle devait soulager « des charges du mariage » (Dev.-Car., 45, 1, 417).

— En général, la donation entre-vifs, à moins qu'elle ne soit faite par contrat de mariage, doit être acceptée en termes exprès par le donataire (C. Nap., art. 932 et 1087). Du reste, l'acceptation n'est pas nécessairement dans le même acte qui constate l'offre du donateur, ce qu'on appelle *la pollicitation* : l'acceptation peut être faite par un acte postérieur. En cas pareil, la donation ne peut produire aucun effet que du jour où elle a été acceptée : j'en conclus que, si la donation avait été faite antérieurement aux dix jours qui précèdent la cessation de paiements du donateur, mais n'avait été acceptée que dans les dix jours ou depuis, elle serait nulle, aux termes de notre art. 446. Voy., en ce sens, M. Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 108, et M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 279.— Je vais plus loin : je décide, avec ce dernier auteur (*loc. cit.*), que la donation faite et acceptée avant les dix jours serait nulle si la notification de l'acceptation n'était pas parvenue au donateur avant les dix jours. En effet, il résulte de l'art. 932 *in fine* du Code Napoléon que le donateur n'est pas dépouillé tant que l'acceptation ne lui a pas été notifiée ; or, une fois que nous sommes entrés dans la période des dix jours, aucun dépouillement par suite de donation ne peut plus se produire.

— Notre art. 446-1° s'applique-t-il seulement aux donations, ou s'applique-t-il même aux dispositions testamentaires, aux legs qu'un commerçant aurait faits depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents? Sous l'empire du Code de 1808, M. Locré s'exprimait ainsi : « L'art. 444 n'excepte de la nullité de plein droit aucune aliénation immo- « bilière à titre gratuit : il annule donc les testaments comme les donations « entre-vifs » (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 127). Mais il faut reconnaître que la loi commerciale n'a pas eu à s'occuper des dispositions testamentaires. En effet, que le testament ait été fait dans les dix jours ou qu'il ait été fait plus tôt, cela est absolument indifférent : par cela seul que le testateur en mourant ne laisse pas de quoi payer intégralement ses dettes, les legs ne seront pas exécutés, les légataires n'arriveront qu'après que tous les créanciers auront été payés. Comp. M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 280.

il ne peut être mu que par le désir d'avantager le créancier qu'il paie par anticipation (1).

(1) Chez les Romains, lorsqu'une personne payait un de ses créanciers avant l'échéance, en fraude du droit des autres, ceux-ci, au moyen de l'action paulienne, pouvaient seulement se faire tenir compte de l'*interusurium* : « *Si cùm in diem mihi deberetur*, dit le jurisconsulte Ulpien, *fraudator præsens solverit : dicendum erit, in eo quod sensi commodum in repræsentatione, in factum actioni locum fore* » (L. 10 § 12, Dig., *Quæ in fraud. cred.*). Mais, dès que les créanciers s'étaient fait envoyer en possession des biens du débiteur, cet envoi en possession opérait dessaisissement, comme chez nous le jugement déclaratif de faillite, et en conséquence tout paiement fait par le débiteur était frappé de nullité. « *Sciendum*, dit le même jurisconsulte Ulpien, *Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequàm bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum : sibi enim vigilavit. Qui verò post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exæquandumque cæteris creditoribus : neque enim debuit præripere cæteris post bona possessa, cùm jàm par conditio omnium creditorum facta esset* (L. 6 § 7 *eod. Tit.*). Ce texte montre bien clairement que nous avons emprunté aux Romains le principe du dessaisissement du failli et le principe de l'égalité entre tous les créanciers qui composent la masse. Voy. aussi la L. 10 § 16 *eod. Tit.*

Chez nous, lorsqu'une dette est payée avant l'échéance, en fraude des droits des autres créanciers, soit par un débiteur non commerçant, soit même par un débiteur commerçant, mais avant les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements, il y a lieu sans aucun doute à l'application du principe général de l'art. 1167; mais je crois que, comme chez les Romains, le créancier qui a reçu ce paiement anticipé devra rendre seulement l'*interusurium*, une somme représentative de l'intérêt que pouvait produire le capital depuis le jour du paiement jusqu'au jour de l'échéance. J'ajoute que le créancier qui reçoit ainsi un paiement anticipé *certat de lucro captando*, et que, par conséquent, on n'aura pas besoin de prouver contre lui qu'il a été *conscius fraudis debitoris*.

— Comment devons-nous précisément entendre ces mots *dettes non échues* qu'emploie l'art. 446? Faudrait-il, par exemple, admettre la nullité de plein droit dans le cas où le débiteur a fait un paiement qui ne pouvait pas encore être exigé de lui, mais l'a fait pour profiter d'un escompte qui lui avait été promis par le créancier? La question est controversée entre les auteurs. Je laisse parler MM. Delamarre et Lepoitvin, de qui la doctrine sur ce point me paraît parfaitement exacte :

« Une dette *échue* est une dette que le créancier avait le droit d'exiger « en justice, ou, ce qui revient au même, que le débiteur pouvait être « forcé de payer, le jour où le paiement en a été fait et reçu...

« Jacques a acheté à Salomon des marchandises facturées, payables à

La troisième catégorie d'actes nuls de plein droit présente plus de difficulté. Elle comprend les *dations en paiement*. Pour ces sortes de dations, la nullité de plein droit va de soi, lorsqu'elles s'appliquent à des dettes non échues : car la dation en paiement

« 90 jours, avec faculté d'escompte à 2 p. 100 suivant l'usage de la place. « De plus, il lui a réglé le prix d'une autre facture, en ses billets aussi « payables à 90 jours. Dans le mois qui a suivi le jour de la première vente, « Jacques a usé de la faculté d'usage, et, en vertu d'un accord postérieur « à la seconde vente, il a aussi escompté ses billets. Mais, avant l'expira- « tion du terme, Jacques est déclaré en faillite : l'un des deux paiements « ou tous deux sont-ils annulables?

« Ils ne sont pas annulables; ils tombent directement sous l'application « de l'art. 446, et sont nuls de plein droit. Dans le premier cas, ni par l'usage « ni par la convention l'escompte n'était un droit pour Salomon ni un « devoir pour Jacques; c'était une simple faculté laissée à ce débiteur. Or, « Jacques n'a-t-il pas pu en user pour favoriser Salomon au préjudice de « ses autres créanciers? Salomon n'a-t-il pas pu exercer sur lui une con- « trainte morale? — Au second cas, l'escompte qui a eu lieu était l'exécu- « tion d'un pacte en dehors de la convention qui avait créé la dette, et il « n'est pas impossible que ce pacte, convenu *ex intervallo*, ait été con- « certé en vue de la faillite. Or, en cette matière, *de potentiâ ad actum « valet consecutio.*

« Le vendeur dirait-il, avec M. Locré, qu'il n'a pas reçu avant l'échéance; « qu'il a fait un pacte nouveau, changeant les conditions primitives et « assurant au débiteur les avantages de l'escompte? Il prononcerait lui- « même sa propre condamnation : car c'est précisément ce pacte nouveau « qui a pu être un instrument de fraude. Sans cela, il n'y en aurait pas eu « de possible, et Salomon serait venu dans la faillite à l'égal des autres « créanciers. Le nouveau pacte autorise à suspecter une fraude, et c'est le « cas de la règle : *Conjectura etiam unica sufficit ad probandam fraudem « in materiâ per se suspectâ* (Casaregis, disc. 209, n° 44).

« Salomon objecterait-il encore, avec M. Massé (t. II, n° 1222), que l'es- « compte fait par l'acheteur suivant l'usage n'a en lui-même rien de néces- « sairement frauduleux; que c'est une opération qui, réduite à ses termes « simples et naturels, est légitime? On répondrait : La question n'est pas « de savoir si l'escompte, que l'usage ou la convention autorise, est une « opération légitime. Après tout, qui en doute? Mais l'exercice, *intrà dies « proximos decoctioni*, d'une simple faculté laissée au débiteur, ou le « changement, dans la même circonstance, du mode de paiement déter- « miné par la convention primitive, peut-il devenir un moyen, une occa- « sion de fraude? Voilà de quoi il s'agit. Or, la *possibilité* est ici mani- « feste, et le paiement est nul, fût-il aussi clair que le jour qu'il a été fait « sans fraude : *Ubi aliqua lex vel statutum*, dit encore Casaregis (disc. 8, « n° 12), *editum fuit ad removendas fraudis occasiones, comprehendit etiam*

est moins favorable encore que le paiement, et nous venons de voir que le paiement d'une dette non échue est nul de plein

« *casum in quo constaret nullam fraudem fuisse commissam.....* » (*op. cit.*, t. VI, no 146).

— Le commerçant qui, ayant remis à son créancier une reconnaissance payable *à un certain délai de vue*, l'acquitte *à présentation*, doit-il être considéré comme ayant payé une dette *non échue* dans le sens de notre article 446? La question s'est présentée devant le tribunal de commerce d'Orléans, qui, par jugement du 15 juin 1859, l'a résolue affirmativemen « Attendu, dit le tribunal, que G., à la date du 28 janvier dernier, porteur « d'un reçu à souche de V. R., de la somme de 1500 fr., créé le 8 décem- « bre 1858, remboursable à dix jours de vue, avec intérêt à 4 p. 100 l'an, « à partir dudit jour 8 décembre dernier jusqu'au visa, s'étant présenté à « la caisse de V. R., a reçu, ledit jour 28 janvier, de celui-ci le montant de « cette reconnaissance; — Attendu que les syndics de la faillite V. R., « se fondant sur ce que le paiement de cette somme a été fait dans les dix « jours qui ont précédé la déclaration de faillite, réclament à G. le rapport « à la masse de cette somme; — Attendu que, dans l'espèce, G. n'a jamais « prévenu, même verbalement, avant le 28 janvier dernier, qu'il prendrait « les fonds chez V. R., et qu'il est prouvé, par les documents et rensei- « gnements fournis au tribunal, qu'il n'avait pas affecté spécialement ces « fonds à des paiements déterminés, comme par exemple à des achats de « valeurs de bourse ou industrielles; — Attendu qu'aucun visa n'a été « donné par V. R., ni même sollicité par G., antérieurement au 28 janvier; « que dès lors la somme a été payée avant son échéance, et dans les con- « ditions qui la rendent rapportable, aux termes de l'art. 446 du Code de « commerce; — Que c'est donc en vain que G. vient soutenir que la re- « connaissance qui lui a été remboursée ne peut être assimilée à un billet à « ordre, à échéance fixe et déterminée, et qu'il était d'ailleurs dans l'habi- « tude de V. R. de payer à présentation; — Attendu qu'il est constant que « G., en se présentant le 28 janvier 1859 chez V. R., alors que sa recon- « naissance n'était pas visée, ne pouvait exiger le paiement immédiat de « sa créance, ou, à défaut de paiement, contraindre V. R. par les voies « légales; que sa créance n'était donc pas échue...; — Attendu, d'ailleurs, « que les termes de l'art. 446 sont impératifs et absolus, qu'ils n'établissent « aucune distinction... »

Ce jugement, parfaitement motivé, a été confirmé par la Cour d'Orléans, le 26 juillet 1859 (Dev.-Car., 59, 2, 603).

— Un individu se fait livrer des marchandises et s'engage à en payer le prix dans un certain délai; il est ensuite condamné comme se les étant fait livrer à l'aide d'escroquerie. Si, avant l'échéance de l'obligation qu'il a contractée et dans les dix jours qui précèdent la cessation de ses paiements, il restitue les marchandises ou leur valeur, faudra-t-il voir là le paiement d'une dette non échue et appliquer l'art. 446? La Cour de Lyon,

droit. Mais l'art. 446 annule de plein droit les dations en paie-

par un arrêt du 10 juillet 1862, a répondu négativement. En effet, comme le dit très-bien la Cour, « l'art. 446 suppose une dette née d'un contrat « légitime, et non une escroquerie, en suite de laquelle il ne se peut agir « que d'une restitution toujours exigible »(Dev.-Car., 62, 2, 543).

L'art. 446 serait également inapplicable dans l'hypothèse suivante : Un billet à ordre est souscrit au profit de Primus; il est négocié successivement à plusieurs personnes, et, avant l'échéance, Primus le retire des mains du porteur actuel Quartus, en comptant à celui-ci la valeur du billet. Primus ayant été ensuite déclaré en faillite, il se trouve que le billet a été ainsi retiré par lui dans les dix jours qui ont précédé la cessation de ses paiements. Je dis qu'en principe les syndics ne peuvent pas faire rapporter à la masse la somme comptée à Quartus: en effet, ce que Primus a payé, c'est une dette échue, c'est le prix de la rétrocession à lui consentie. La Cour de Bourges s'est effectivement prononcée en ce sens par un arrêt du 7 mars 1845. La Cour part de l'idée que la disposition de l'art. 446 est fondée sur le désir du législateur d'empêcher les faillis d'avantager quelques-uns de leurs créanciers au préjudice de la masse; puis elle constate que, dans l'espèce, d'une part, Primus a pourvu à son intérêt propre en retirant de la circulation un billet qu'il jugeait utile de ne pas y laisser, et, d'autre part, Quartus n'avait aucun intérêt à faire anticiper un paiement qui lui était parfaitement garanti (Dev.-Car., 46, 2, 270). Il ressort de cet arrêt, et cela d'ailleurs est parfaitement manifeste, que, si le juge reconnaissait qu'au fond la rétrocession n'a été employée que comme un moyen d'éluder l'art. 446, il devrait faire application de cet article.

— L'art. 446 suppose un paiement d'une dette non échue *fait par le débiteur depuis l'époque déterminée comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents*. L'article ne s'occupe en aucune façon du cas inverse, du cas où le paiement d'une dette non échue aurait été *fait au créancier failli*, depuis que ce créancier avait cessé ses paiements ou dans les dix jours précédents. Il est donc absolument impossible de faire à ce deuxième cas application de l'art. 446, et de dire : Le paiement est nul de droit, et le débiteur devra toujours et nécessairement payer de nouveau à la faillite de son créancier. L'art. 447 pourra bien s'appliquer ici, mais non l'art. 446. C'est évidemment sous l'empire d'une confusion singulière que MM. Delamarre et Lepoitvin ont écrit ce qui suit :

« L'art. 446 imprime, en quelque sorte, un caractère de fraude à un fait « qui, en soi, n'a rien de frauduleux. Par exemple, si, dans l'intervalle qui « sépare votre cessation de paiements et le jugement déclaratif, ou même « dans les dix jours qui ont précédé la cessation reportée, j'ai reçu de vous « le paiement d'une chose ou d'une somme légitimement due, mais dont « l'échéance n'était pas encore arrivée, ce paiement est de toute nullité. « Réciproquement, si, dans les mêmes circonstances, je vous livre une « chose ou vous compte une somme avant l'échéance, ce paiement est nul « et sans effet relativement à votre masse, et je suis tenu de payer à votre

ment, alors même qu'elles auraient pour objet des dettes échues, tandis que, dans ce cas, les paiements seraient vala-

« faillite la somme ou la chose, comme si je ne vous eusse rien payé. « Cependant tout serait valable s'il s'agissait de déconfiture, parce que, « dans le droit civil, *jura vigilantibus subveniunt*, et que, en recevant mon « dû ou en acquittant ma dette, même avant terme, je n'ai rien fait contre « la loi naturelle, à laquelle la loi civile est conforme en ce point. En un « mot, *in rei veritate*, il n'est jamais injuste qu'un créancier légitime soit « payé. Pourquoi donc la nullité du paiement reçu, et cette obligation de « rapporter ou de payer deux fois? Par la double raison qu'en général « les commerçants ne paient pas avant l'échéance, et qu'il n'est pas abso- « lument impossible que nous eussions connaissance, vous de ma cessation « de paiements, moi de la vôtre...» (*op. cit.*, t. VI, n° 145).

Je fais abstraction pour un instant des derniers mots de ce passage. Evidemment, il peut se résumer ainsi : « Si, depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation de vos paiements ou dans les dix jours qui précèdent, vous avez payé à un de vos créanciers une dette non échue ou vous avez reçu d'un de vos débiteurs le paiement d'une créance non encore exigible, dans les deux cas le paiement que vous avez fait ou que vous avez reçu est nul de plein droit. » Je l'ai dit et je le répète, il y a là une confusion, en ce sens qu'on met sur la même ligne deux cas que le législateur n'a point voulu soumettre à la même règle, puisque le premier est régi par l'art. 446 et le deuxième par l'art. 447. — Si maintenant nous nous attachons aux derniers mots du passage qui vient d'être transcrit, nous serons forcés de reconnaître que les auteurs ont perdu de vue la double hypothèse qu'ils venaient d'indiquer. Ils avaient supposé jusqu'ici que l'une des deux parties qui figurent dans le paiement d'une dette non échue, soit le débiteur qui donne, soit le créancier qui reçoit, était en état de cessation de paiements. Et voilà que maintenant ils paraissent supposer que les deux parties se trouvent à la fois dans cet état de cessation de paiements! Très-probablement ces derniers mots sont un simple *lapsus*, dont nous n'avons pas à tenir compte. Mais reste toujours l'assimilation absolument fautive qui vient d'être signalée.

— Supposons qu'avant l'échéance d'une lettre de change, la provision ayant été envoyée au tiré par le tireur, celui-ci a été déclaré en faillite : le porteur pourra-t-il venir sur la provision par préférence aux autres créanciers du tireur? En général, on répond par une distinction. On dit : « Oui, le porteur viendra par préférence, si le tireur a fait la provision avant la cessation de ses paiements et antérieurement aux dix jours qui l'ont précédée; sinon, le porteur ne viendra qu'au marc le franc. » Et, à l'appui de la distinction dont il s'agit, on invoque notamment la règle que le paiement d'une dette non échue est nul de droit quand il est fait par le débiteur depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents. Nous reviendrons un peu plus loin sur cette question.

bles (1). Quelle raison y avait-il donc de se montrer plus rigoureux pour les dations en paiement de dettes échues que pour les paiements? Il y en avait plusieurs, que je me bornerai à indiquer :

1° Le paiement est un acte qui n'a rien de spontané ; il est, au contraire, forcé, tant de la part du débiteur, qui ne peut le refuser, que de la part du créancier, qui est tenu de le recevoir, — tandis que la dation en paiement, étant la substitution d'une chose non due à la chose due, ne peut se faire que d'un commun accord entre le créancier et le débiteur (2); et un pareil accord, quand le débiteur a déjà cessé ses paiements ou est sur le point de les cesser, est justement suspect (3).

2° Le paiement, étant la prestation de la chose due, l'exécution d'une obligation préexistante, est en soi un acte naturel, normal, auquel ne saurait s'attacher aucune défaveur. Au contraire, la dation en paiement, étant une dérogation au contrat, a quelque chose d'exceptionnel, quelque chose même de tout à fait insolite, d'exorbitant, qui ne permettait pas d'en reconnaître la validité lorsqu'elle est postérieure à la cessation des paiements, ou lorsqu'elle se place dans les dix jours qui l'ont précédée (4).

3° Le paiement, étant la prestation de la chose due, ne fait

(1) Le paiement d'une dette échue ne tombe jamais sous le coup de l'article 446; mais, s'il a été fait *depuis la cessation des paiements*, il peut être annulé, aux termes de l'art. 447.

(2) Voy. l'art. 1243 du Code Napoléon.

(3) Cette première considération ne suffirait pas pour expliquer le système de la loi en matière de paiement et de dation en paiement. Lorsque je suis débiteur d'une somme d'argent, je ne puis pas sans le consentement du créancier me libérer en passant à son ordre une lettre de change ou un billet à ordre, même en lui remettant un billet de banque; et cependant l'art. 446 place exactement sur la même ligne le *paiement en espèces* et le *paiement en effets de commerce*. C'est que dans l'usage, entre commerçants, les effets de commerce tiennent véritablement lieu de monnaie métallique. Remettre à son créancier des effets de commerce, c'est bien faire une dation en paiement et non un paiement proprement dit, d'où résulte qu'il faut le consentement du créancier; mais c'est une dation en paiement qui n'a rien d'insolite, rien d'extraordinaire.

(4) Voy., ci-dessus, la note 3.

qu'attribuer au créancier ce qui lui revient, tandis que, la dation en paiement étant la substitution à cette chose d'une autre qui n'est pas due, rien n'indique que celle-ci ne vaille pas davantage, et il y aurait là un moyen facile pour le débiteur, si ces sortes de dations étaient valables, de faire indirectement une libéralité au créancier, de lui donner plus qu'il ne lui est dû, sous prétexte de se libérer envers lui; raison de plus pour annuler de plein droit ces sortes d'actes (1).

Il y a une quatrième raison, sur laquelle je reviendrai, mais que je ne puis me dispenser d'énoncer ici. Rien ne prouve que le créancier qui reçoit ce qui lui est dû, à qui le débiteur remet, pour se libérer, des espèces ou des effets de commerce, ait connu le mauvais état de ses affaires : on doit donc le supposer de bonne foi jusqu'à preuve contraire. Mais, quand, au lieu d'argent ou d'effets de commerce, on lui offre des objets mobiliers ou immobiliers, il est averti par ce fait même de la mauvaise situation du débiteur : il ne peut ignorer que le débiteur ne paie pas; il ne saurait donc être de bonne foi, et dès lors il doit rapporter ce qu'il a reçu. Il y a nullité de plein droit, et cette nullité est une conséquence de la mauvaise foi du créancier, laquelle ressort de l'acte même (2).

— Il ne me reste plus sur cette troisième catégorie d'actes nuls de plein droit qu'à relever certaines expressions qui se sont glissées dans l'art. 446, et qui sont peu juridiques et même peu exactes (3). En effet, il y est parlé de *paiement par transport,* ce

(1) Cette troisième considération, pas plus que la seconde, ne s'applique au cas où le débiteur donne en paiement au créancier des effets de commerce dont la valeur nominale est égale au montant de la dette.

(2) Les projets présentés par le Gouvernement en 1834 et en 1837 étaient absolument muets sur le cas où une dette *échue* est éteinte par le débiteur depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents. C'est la seconde Commission de la Chambre des députés qui proposa d'insérer dans l'art. 446 une disposition relative à ce cas.

(3) Les expressions dont veut parler M. Bravard et qu'il va examiner successivement, ces expressions sont employées par le législateur à propos des dettes *non échues,* tandis qu'il semblerait, d'après le texte de notre auteur, qu'en les employant le législateur s'occupait de dettes *échues*. Relative-

qui signifie une espèce de dation en paiement, consistant dans le transport au créancier d'une créance que le débiteur avait sur un tiers (1). L'art. 446 ajoute *paiement par vente*, alliance de

ment aux dettes *échues*, l'art. 446 se borne à dire que le paiement est nul de droit s'il a été fait *autrement qu'en espèces ou effets de commerce*. La Commission proposait de dire : « S'il a été fait *par transport ou vente de tout ou partie des immeubles ou du mobilier du failli*. » La rédaction qui a passé dans la loi est due à un amendement de M. Hébert. — Il est clair, du reste, que *les paiements par transport, vente ou compensation*, annulés par le texte formel de l'art. 446 quand ils s'appliquent à des dettes *non échues*, sont également nuls de plein droit quand ils s'appliquent à des dettes *échues :* car ce sont bien là des paiements faits *autrement qu'en espèces ou effets de commerce*.

(1) Ainsi, dans le même cas où le paiement effectué au moyen de l'endossement d'un effet à ordre serait valable, la dation en paiement effectuée au moyen d'un transport-cession ou d'une délégation sera nulle. Par application de cette doctrine, un arrêt de la Cour de Rouen, du 5 janvier 1841, a déclaré nulle une convention par laquelle la société W. et P., pour se remplir de sa créance sur le sieur C., avait consenti qu'on portât au *débit* de son compte le montant de la dette personnelle de P. envers C. : « Il y a là, dit l'arrêt, un mode de libération anormal, qui semble dévoiler « la position embarrassée du débiteur et l'appréhension du créancier » (Dev.-Car., 41, 2, 165). Voy. aussi l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 1er février 1853 (Dev.-Car., 53, 2, 661).

Lorsque c'est une délégation proprement dite qui a été consentie par le débiteur à l'un de ses créanciers, il faudra voir si elle a été consentie par lui depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents : consentie antérieurement à ces dix jours, elle échapperait à l'application de notre art. 446. Mais quand il s'agit d'une cession, pour échapper à la nullité de plein droit, suffirait-il encore qu'elle eût été consentie avant les dix jours? Suivant la Cour de cassation (*considérants* d'un arrêt du 4 janvier 1847), il faudrait, de plus, qu'avant ces dix jours le créancier cessionnaire eût été saisi par l'un des deux modes qu'indique l'art. 1690 du Code Napoléon. En effet, dit la Cour, « ce sont particulièrement les intérêts des « créanciers du cédant que les transports lèsent le plus souvent, et dès lors « il est naturel de penser que ce sont eux que la loi a dû principalement « avoir en vue lorsqu'elle a prescrit en faveur des tiers la disposition ren- « fermée dans l'art. 1690 » (Dev.-Car., 47, 1, 161, 1re *espèce*). Voy. aussi MM. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 378 et suiv., et Bédarride, t. I, n° 113 *ter*. Je ne puis pas admettre cette décision. Sans doute, en écrivant l'art. 1690, on a voulu pourvoir à l'intérêt des créanciers du cédant; mais assurément on n'a pas pensé au cas particulier qui nous occupe. D'ailleurs, l'art. 446 annule certains actes *faits par le débiteur;* or ici le seul acte émané du débiteur, c'est la convention par laquelle il déclare donner sa créance en paie-

mots qui a quelque chose de bizarre, de choquant et de forcé; mais on a voulu désigner par là les dations en paiement consistant dans la transmission de la propriété d'un meuble ou d'un

ment, et cette convention est antérieure aux dix jours. Je crois donc que le créancier cessionnaire peut utilement se conformer à l'art. 1690 jusqu'au jugement déclaratif de faillite; du reste, dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 4 janvier 1847, la cession n'avait été signifiée qu'après ce jugement déclaratif.

Supposons qu'un commerçant ait un compte chez un banquier et que d'habitude il paie ses créanciers en leur remettant des *bons* sur ce banquier : lors même que depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents il aurait remis à un de ses créanciers un *bon* de cette espèce, le créancier de qui le droit était exigible n'aurait rien à rendre à la masse de la faillite : c'est absolument comme s'il avait reçu directement de son débiteur le montant de sa créance : il n'y a point là une pure et simple délégation, il n'y a point non plus une simple *lettre de crédit*. Voy., en ce sens, M. Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 113 *bis*. — Mais je vais plus loin. Si un commerçant avait passé à l'ordre d'un de ses créanciers une lettre de change tirée par lui-même sur son propre débiteur et acceptée d'avance par celui-ci, je verrais là un paiement valable dans le sens de l'art 446. En effet, je ne puis apercevoir aucune raison de différence entre ce cas et celui où le commerçant endosse au profit de son créancier une lettre de change dont il était porteur : dans les deux cas, le débiteur prend dans son portefeuille, comme le font généralement les commerçants, pour payer sa dette. Voy. cependant M. Bédarride, *loc. cit.* — Il est bien entendu qu'au contraire nous ne pouvons pas voir un paiement dans le simple fait par un débiteur de tirer une lettre de change ou de souscrire un billet à l'ordre de son créancier : ici la dette primitive subsiste; et, dans le cas où il s'agit d'une lettre de change tirée sur un débiteur du tireur, l'espèce de délégation faite par le tireur au profit de son créancier ne peut pas avoir plus de force qu'une délégation ordinaire.

Voici une espèce dans laquelle on s'est demandé s'il n'y avait pas l'équivalent d'un *paiement par transport*, si par conséquent il n'y avait pas nullité de plein droit à l'égard de la masse : l'immeuble d'un négociant avait été saisi; une partie du prix d'adjudication restant libre après le paiement des créanciers hypothécaires, certains créanciers chirographaires s'étaient fait délivrer des bordereaux de collocation. Sur ces entrefaites, le saisi est déclaré en faillite, et l'époque de la cessation des paiements est fixée à une date antérieure à la délivrance desdits bordereaux. Ces bordereaux devaient-ils être réputés nuls de plein droit, comme constituant un *paiement par transport?* Je ne le crois pas. Il n'y a pas ici une cession ou une délégation ordinaire : il y a la conséquence naturelle de la saisie, il y a l'équivalent d'un *paiement en espèces*. Peut-être même les créanciers qui se présentent à la justice pour se faire colloquer sont-ils plus favorables

immeuble effectuée au profit du créancier (1). Enfin, l'art. 446 parle de *paiement par compensation ;* or, en quoi le paiement par compensation diffère-t-il du paiement par transport? En ce que,

encore que ceux qui se présentent au débiteur et qui d'une manière plus ou moins loyale reçoivent de lui leur paiement. Aussi la Cour d'Aix, par un arrêt du 9 février 1843, a-t-elle déclaré non recevable la demande en nullité des bordereaux formée par les syndics. Voy. cependant M. Bédarride, t. I, nos 114, 115 et 116. — M. Dalloz, dont nous suivons ici l'opinion, rapporte un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 16 novembre 1841, où il est dit positivement que l'obtention d'un bordereau équivaut à un paiement en espèces (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 291).

(1) Dans la séance de la Chambre des députés, du 29 mars 1838, un membre insista sur la validité des paiements *en marchandises* : « C'est par « ces paiements, disait-il, que, dans les provinces méridionales surtout, « se soldent habituellement les comptes courants : les paiements en mar- « chandises doivent donc être assimilés aux paiements en espèces. » Le législateur s'est bien gardé d'assimiler d'une manière générale le paiement en marchandises au paiement en espèces : il est certain qu'en principe la nullité de plein droit de l'art. 446 atteint le *paiement en marchandises*. Mais, au cas de compte courant, ne faudrait-il pas apporter à la règle un certain tempérament? Voici, à cet égard, comment s'exprimait M. Duvergier (et non pas le président de la Chambre des députés, ainsi qu'on pourrait le croire en lisant, dans le t. XXXVIII de la *Collection des lois*, la p. 374) : « L'article parle de *dettes échues ;* or, par cette expression, et toute la discus- « sion l'a démontré, on a voulu parler de dettes contractées à échéance « fixe, lorsque cette échéance est arrivée. Le solde d'un compte courant, « quoique actuellement exigible, ne présente pas ce caractère. Pourquoi « soupçonne-t-on le paiement en marchandises d'une dette échue? C'est « parce que cette dette devait être payée en argent, et qu'en la payant en « marchandises on manifeste un état évident de gêne. Mais, au contraire, « si, entre négociants qui sont en compte courant, les articles de ce compte « se composent de remises en argent et de marchandises envoyées et re- « çues, un dernier envoi de marchandises ne doit pas être plus suspect « que les autres. » Et, ce qui a plus d'importance encore, M. Tripier, au nom de la dernière Commission de la Chambre des pairs, disait de même : « Le créancier qui, acceptant un mode de libération inusité, reçoit des « marchandises ou des effets mobiliers au lieu d'espèces, doit être présumé « avoir connu l'embarras de son débiteur et avoir fait fraude à la loi d'éga- « lité qui doit dominer les créanciers. Mais il faut que l'opération ait le « caractère d'un véritable paiement, qu'elle ait eu pour objet d'éteindre « une dette qui avait été créée en espèces et qui devait être acquittée en « cette valeur. Des envois respectifs de marchandises, destinés à se balan- « cer réciproquement, n'auraient pas le caractère de paiement prohibé, « surtout s'ils avaient été précédés d'une série d'opérations de même na-

dans ce qu'on appelle *le paiement par transport*, le débiteur se libère envers son créancier en lui transportant une créance qu'il a sur un tiers (1); tandis que, dans ce qu'on appelle *le paiement par compensation*, il se libère en abandonnant à son créancier une créance qu'il a sur ce créancier même, il le tient quitte, il lui donne quittance (2).

« ture, qui constateraient de la part des négociants un usage antérieur, « auquel ils se seraient conformés sans fraude. » En principe, cette doctrine me paraît très-juste, et les tribunaux devraient la prendre pour règle, toutes les fois que dès l'origine il a été entendu entre les parties que l'une d'elles (celle qui est aujourd'hui en faillite) n'aurait point à fournir des espèces, mais seulement des marchandises. (Voy., en ce sens, M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 292). Comp. MM. Bédarride (t. I, n° 117) et Alauzet (t. IV, n° 1686). — L'arrêt de la Cour de Grenoble du 13 avril 1848 (Dev.-Car., 49, 2, 358) n'est réellement pas contraire à notre opinion : car, dans l'espèce de cet arrêt, des marchandises étaient expédiées par le débiteur au créancier afin que celui-ci les vendît en qualité de commissionnaire de son débiteur, et se payât, sur le prix, du montant de ses avances. La créance n'avait donc pas pour objet des marchandises : en vertu de la convention primitive, elle devait aboutir à une somme d'argent.

Lorsque la dette primitive était d'une somme d'argent, la nullité de plein droit atteindra toute dation en paiement, sans distinguer si les objets ont été transmis au créancier purement et simplement ou s'ils lui ont été transmis avec mandat de les vendre pour se payer sur le prix : dans le dernier cas, aussi bien que dans le premier, on ne peut pas dire que le débiteur fasse un *paiement en espèces*. Ainsi jugé par un arrêt de cassation, du 30 mai 1848 (Dev.-Car., 49, 1, 301). — Je déciderais même que la nullité de plein droit est applicable dans le cas où les marchandises qui doivent servir à éteindre la dette ont été vendues au créancier *par l'entremise d'un courtier :* le texte de l'art. 446 comprend évidemment cette hypothèse lorsqu'il parle de *paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce*. La Cour de cassation s'est cependant prononcée en sens contraire, par un arrêt du 30 août 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 131); et M. Bédarride paraît approuver sa décision (t. I, n° 116 *bis*). Mais voy., dans le sens de notre opinion, MM. Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, n° 148).

(1) Si l'on analyse avec soin ce qui se passe dans le cas du *paiement par transport*, comme aussi dans le cas du *paiement par vente*, on voit qu'au fond il y a toujours une compensation. En effet, supposons que je dois 500 fr. à Paul; je lui vends ou je lui cède pour 500 fr. mon cheval ou ma créance sur Pierre : ma dette primitive va se compenser avec ma créance de vendeur.

(2) Comme dans l'hypothèse précédente, je dois 500 fr. à Paul; cette dette est liquide et exigible. De son côté, Paul est tenu d'une dette envers

En somme, les auteurs de la loi de 1838 ont employé des expressions qui étaient reçues dans la pratique, mais qui, comme je l'ai déjà dit, ne sont nullement juridiques. Ils auraient mieux

moi; mais sa dette n'est pas liquide ou n'est pas exigible. Nous convenons que je serai libéré de ma dette, mais qu'aussi je ne demanderai pas à Paul le paiement de la sienne. Ici, on le voit, la convention a pour objet direct et immédiat l'extinction des deux dettes, tandis que dans l'hypothèse précédente l'une des parties avant la convention n'était que débitrice, et elle devenait ensuite créancière en transportant à l'autre une chose ou un droit moyennant un prix, de sorte que la convention apparaissait tout d'abord comme une vente ou comme un transport-cession.

J'ai déjà remarqué (ci-dessus, p. 161, note) que la compensation dont parle l'art. 446 ne peut être qu'une compensation conventionnelle : quant à la compensation légale, elle est tout à fait en dehors de la disposition de cet article. C'est une observation qui a été faite en termes formels dans la discussion de la loi (séance de la Chambre des députés, du 29 mars 1838). — Ainsi, en principe, lorsque deux individus sont respectivement créanciers et débiteurs l'un de l'autre, et que toutes les conditions prescrites par l'art. 1291 du Code Napoléon sont réunies, la circonstance que l'un d'eux se trouve en état de cessation de paiements n'empêche point la compensation légale de se produire. Mais ne faudrait-il pas apporter une restriction à ce principe dans l'hypothèse suivante? Je suis tenu envers un commerçant, Paul, d'une dette liquide et exigible; j'apprends que Paul est en état de cessation de paiements : alors, pour me dispenser de payer ce que je lui dois, j'achète à vil prix d'un tiers une créance qu'il a lui-même sur Paul. Assurément il serait bien raisonnable en pareil cas d'admettre que la cession que je me suis fait faire ne peut pas nuire à la masse de Paul; mais aucun article de la loi ne paraît avoir prévu pour le réprimer le genre de fraude dont il s'agit. La Cour de Metz, dans son arrêt du 16 juillet 1845, a néanmoins admis la restriction qui vient d'être indiquée. Voici, en effet, quelques-uns des *considérants* de cet arrêt :

« Attendu qu'il est clair que dans l'art. 446 le législateur n'a parlé « que d'une compensation irrégulière, consentie par le débiteur en dehors « des prescriptions de la loi, et, par conséquent, pouvant raisonnablement « être suspectée de fraude; — Attendu, au contraire, que la fraude ne peut « être supposée dans les cas de compensation légale, puisque c'est la force « de la loi qui a opéré la libération, indépendamment de la volonté du « créancier et du débiteur; — Attendu que, si l'on disait que la fraude peut « se rencontrer dans l'acquisition de la créance qui a produit la compen- « sation, cet argument serait sans valeur, puisque la fraude n'existerait « pas dans le fait de la compensation, mais dans un acte antérieur, et que « cet acte, comme tout autre qui donne naissance à une créance contre le « failli, pourrait toujours être attaqué et devrait être annulé s'il était prouvé « qu'il a été créé pour nuire aux droits des créanciers de la faillite; qu'il

fait de dire simplement : *toutes les dations en paiement, même pour dettes échues.*

Enfin, ils ont terminé leur énumération (il n'y a là qu'une énumération), ce qui démontre de plus en plus combien ils ont eu tort de préférer le langage de la pratique au langage du droit, ils ont terminé, dis-je, leur énumération par ce mot : *ou autrement.* Il existe donc d'autres cas de dation en paiement que ceux énoncés ici, et je vais en citer un. Je suppose qu'un commerçant a acheté des marchandises, qu'elles lui ont été livrées et qu'elles se trouvent dans ses magasins, mais que, ne pouvant en payer le prix, il a, pour se libérer envers ses vendeurs, consenti à ce qu'ils les reprennent. Il y aurait là, pour me servir des expressions de la nouvelle loi, *un paiement par résolution*, ou, suivant les termes juridiques, une sorte de dation en paiement, et partant une nullité de plein droit, si, au moment de cette dation, le débiteur était en état de cessation de paiements ou sur le point d'y tomber (1).

« faut donc reconnaître que, lorsque la possession de la créance est à « l'abri de tout soupçon, comme dans l'espèce, la compensation qui s'est « opérée de plein droit et par la seule force de la loi doit être considérée « comme un mode d'extinction de l'obligation... » (Dalloz, *Rec. période.*, 46, 2, 14).

(1) En ce qui concerne le paiement des dettes *échues* ou *non échues*, il reste une dernière observation à faire. Lorsque nous disons que le paiement en espèces ou en effets de commerce d'une dette échue n'est point soumis à la nullité de plein droit de l'art. 446, *à quel moment* supposons-nous que la dette est *échue?* Evidemment nous supposons qu'elle est déjà *échue quand le débiteur la paie :* par cela seul que le paiement a lieu après l'échéance et non pas avant, le créancier n'a pas à craindre l'application de l'art. 446. Le tribunal de Senlis a cependant imaginé une tout autre interprétation de ces mots : *dettes échues, dettes non échues.* Suivant lui, il y a paiement d'une dette non échue, par conséquent nullité de plein droit, lors même que le paiement aurait été fait depuis l'échéance, si l'échéance elle-même a eu lieu depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents : « Attendu, dit le tribunal, que l'art. 446 du Code de commerce « ne peut laisser aucun doute sur son interprétation ; que le but du législa- « teur a été d'annuler tous les paiements faits depuis l'époque déterminée « par le tribunal comme étant celle de la cessation de paiements ou dans « les dix jours qui auront précédé cette époque, pour toutes dettes non

— La quatrième catégorie d'actes nuls de plein droit est la plus importante. Elle comprend, en effet, les actes les plus usuels, les constitutions d'hypothèque, de gage, d'antichrèse. De plus, c'est pour ces sortes d'actes qu'on a fait à l'ancien texte du Code le plus de changements, et de changements qui ne sauraient être trop approuvés.

Il faut rapprocher la loi actuelle tout à la fois de la Déclaration de 1702 et de l'ancien texte du Code. La Déclaration de 1702 annulait de plein droit les hypothèques conventionnelles et les hypothèques judiciaires, si elles n'avaient été constituées dix jours au moins avant la faillite publiquement connue (1). Elle ne parlait pas des *priviléges* ni des *hypothèques légales;* mais la jurisprudence avait considéré ces causes de préférence comme devant être, dans l'esprit de la Déclaration de 1702, frappées de la même nullité. Ainsi, sous l'empire de cette Déclaration, la nullité de plein droit s'appliquait à toutes les causes de préférence, quelles qu'elles fussent (2).

« échues ou pour celles échues depuis les mêmes époques; qu'il n'a voulu « consacrer que les paiements faits pour dettes *échues avant ces mêmes* « *époques*, mais à la condition qu'ils seraient faits en espèces ou effets de « commerce; — Attendu que, si les paiements faits par T. l'ont été anté- « rieurement au jugement déclaratif de sa faillite, ils l'ont été postérieure- « ment au jour où ce jugement a fait remonter ladite faillite..... » Cette singulière décision devait être cassée, et elle l'a été, en effet, par un arrêt du 17 février 1845 (Dev.-Car., 45, 1, 464).

(1) Voy., ci-dessus, p. 206 et 207.

Quinze ans après la Déclaration de 1702, on était allé encore bien plus loin dans l'intérêt du crédit commercial. Une Déclaration du 2 janvier 1717 porte, relativement aux reconnaissances et vérifications d'écritures, que les jugements rendus avant l'échéance des billets et des lettres de change, ou autres billets et promesses passés pour faits de commerce et marchandise, ne pourront produire aucune hypothèque sur les biens du débiteur. La Cour de cassation a jugé, en 1809, que cette Déclaration de 1717 avait été abrogée par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an VII. Aujourd'hui il n'existe plus de distinction du même genre entre les billets civils et les billets commerciaux. Comp. la loi du 3 septembre 1807, art. 1er.

(2) L'interprétation dont il s'agit me paraît conforme, non-seulement à l'esprit, mais même, jusqu'à un certain point, au texte de la Déclaration de 1702. En effet, d'une part, dans notre ancien droit, le mot *hypothèque* a toujours compris le privilége; d'autre part, on appelait *hypothèque conven-*

Au surplus, c'est dans ce sens que les auteurs du Code de commerce avaient entendu et expliqué le système des nullités de plein droit : ils les avaient formellement appliquées à toutes les causes de préférence, quelles qu'elles fussent, priviléges ou hypothèques. Ils avaient dit, dans l'ancien article 443 : « Nul ne « peut acquérir privilége ni hypothèque sur les biens du failli, « dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. » Cette disposition n'admettait donc aucune distinction quant aux causes de préférence. Elle n'en admettait aucune entre les priviléges et les hypothèques, aucune entre les différentes espèces d'hypothèques, non plus qu'entre ceux à qui elles étaient attribuées.

Ainsi la disposition du Code de 1808, il faut le reconnaître, était aussi générale et aussi absolue que possible. Mais elle l'était trop, et elle avait produit des inconvénients graves, qui avaient excité de nombreuses réclamations (1) ; ce fut même une des raisons qui firent juger nécessaire la révision de cette partie du Code de commerce. En effet, d'abord les rédacteurs du Code de commerce, comme les auteurs de la législation antérieure, avaient confondu et assimilé deux cas qu'il fallait nécessairement distinguer, car ils sont très-différents, savoir : 1° le cas où le débiteur a, depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents, constitué une hypothèque pour sûreté d'une dette préexistante, transformé de la sorte en créancier hypothécaire un créancier qui s'était jusque-là, et au moment où

tionnelle celle qui est attachée à la forme même d'un acte notarié, par exemple l'hypothèque de la femme mariée quand il y a eu un contrat de mariage dressé entre les futurs époux (voy. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, article préliminaire). D'ailleurs, la Déclaration ne parle pas seulement d'*hypothèque :* elle défend d'acquérir *aucune hypothèque ni préférence sur les créanciers chirographaires.*

(1) On ne s'était pas borné à réclamer : la plupart des auteurs, mettant de côté le texte absolu de l'art. 443, avaient proposé un grand nombre de distinctions, toutes plus ou moins raisonnables, mais toutes également arbitraires. C'est un point sur lequel je reviendrai dans un instant. Ci-dessous, p. 237, note 2.

il avait contracté avec le débiteur, contenté de la qualité de chirographaire, — en d'autres termes, le cas où, sans en rien recevoir, et par conséquent à titre gratuit, il confère à ce créancier l'avantage de se faire payer par préférence, de recevoir son paiement intégral au lieu d'un simple dividende; et 2° le cas, évidemment tout autre, où le débiteur, en contractant, en faisant un emprunt par exemple, avait constitué par le contrat même une hypothèque à son créancier; de sorte qu'ici l'hypothèque était une condition du contrat, une concession faite en retour de la somme que le débiteur recevait, elle participait véritablement de la nature du contrat, elle était comme lui à titre onéreux. Les rédacteurs du Code de commerce avaient donc eu tort de confondre ces deux cas essentiellement différents (1).

En second lieu, en annulant de plein droit l'hypothèque, alors même qu'elle était constituée par le contrat qu'elle était destinée à garantir, les rédacteurs du Code de commerce étaient tombés dans une sorte d'incohérence, de contradiction : car qu'y avait-il de plus contradictoire et de plus incohérent que de valider ainsi le contrat pour une partie, pour la créance, et de l'annuler de plein droit pour une autre partie, pour l'hypothèque? C'était diviser ce qui, dans l'intention des contractants et d'après les principes fondamentaux des contrats, est indivisible; c'était, en quelque sorte, couper le contrat en deux (2).

En troisième lieu, les rédacteurs du Code de commerce avaient été ici injustes envers le créancier : car, tout en reconnaissant sa bonne foi, puisqu'ils validaient la créance, ils annulaient de

(1) Les jurisconsultes romains traitaient déjà d'une manière spéciale le cas où le débiteur insolvable, le *fraudator*, au lieu de payer sa dette à l'échéance, l'a garantie par un gage. Voici, en effet, comment s'exprime Ulpien, à propos de l'action paulienne : « *Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit : hâc actione tenebitur, ut est sæpissimè constitutum* » (L. 10 § 13 *Quæ in fraud. credit.*).

(2) La loi civile contient plusieurs applications de cette idée qu'une transaction doit être considérée comme formant un tout indivisible (Code Nap., art. 2055 et 2057). Comp. MM. Aubry et Rau, t. III, § 421, note 11.

plein droit la sûreté qui en avait été la cause déterminante, et sans laquelle le créancier n'aurait point consenti à traiter avec le débiteur, à se dessaisir de son argent (1).

Ce système n'était pas seulement préjudiciable aux intérêts particuliers des commerçants ; il compromettait l'intérêt général du commerce, et altérait le crédit dans une de ses bases. En effet, les commerçants, propriétaires d'immeubles, d'immeubles d'une valeur même considérable, ne trouvaient pas à emprunter sur hypothèque. Et cela se comprend aisément : car les capitalistes auxquels le commerçant voulait faire un emprunt ne manquaient pas de remarquer que, puisqu'il était réduit à emprunter, et à emprunter sur hypothèque, c'est que probablement il était gêné dans ses affaires : « S'il ne les rétablit pas, se disaient ces capitalistes, si, ses embarras, au lieu de diminuer, allant au contraire en augmentant, il se trouve réduit à cesser ses paiements, il pourra fort bien arriver que l'époque de l'ouverture de sa faillite soit fixée à la date de l'emprunt qu'il voudrait faire ou même à une date antérieure, et que, par suite, l'hypothèque qu'il consentirait soit frappée d'une nullié de plein droit. » Les immeubles des commerçants étaient donc considérés, et avec raison, par les prêteurs sur hypothèque, comme un mauvais gage, comme un gage sur lequel ils ne pouvaient prêter avec sécurité, et les commerçants ne pouvaient dès lors utiliser leurs immeubles pour soutenir leur crédit ou pour accroître leurs ressources. C'était un mal pour le commerce en général, et il fallait y remédier (2).

(1) Cette troisième observation se confond, en réalité, avec la seconde.

(2) Il est curieux de voir comment l'ancien art. 443 était entendu et apprécié par les auteurs les plus éminents qui ont écrit sous l'empire du Code de 1808 :

« La nullité, dit M. Locré, s'étend-elle aux priviléges et aux hypothè-
« ques légales? Sont-ils tous proscrits sans distinction, lorsqu'ils ont été
« acquis dans les dix jours? Je ne le pense pas. — Qu'a voulu le législa-
« teur? Certes son intention n'a pas été d'annuler gratuitement des sûretés
« qui n'ont rien de suspect : il ne s'est proposé que de prévenir ou de
« déjouer la fraude. Dès-lors la prohibition doit cesser dans tous les cas où
« la fraude est impossible. Il en est assurément ainsi des priviléges que

C'est aussi ce qu'on a fait en 1838. La loi consacre d'abord la distinction que j'ai indiquée, entre le cas où l'hypothèque a

« l'art. 2101 du Code civil accorde... Il en est encore ainsi des hypothè-
« ques légales du mineur et de l'interdit... Je ne parlerai pas des hypo-
« thèques légales de la femme : celles-là pourraient servir de voile à la
« fraude... Restent les hypothèques légales de l'Etat, des communes et
« des établissements publics : ici la fraude est encore impraticable... En
« résumé, les mots *nul ne peut acquérir*, qui ne sont pas très-décisifs quand
« on les sépare de l'esprit de la loi, semblent, quand on les en rapproche,
« restreindre la nullité aux priviléges et hypothèques qui s'acquièrent par
« le fait de l'homme, non l'étendre aux sûretés que l'homme tient de la
« seule puissance de la loi » (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 83 et suiv.).

M. Persil, tout en mettant de côté le texte de la loi, n'allait pas tout à fait aussi loin que M. Locré; du reste, sa doctrine est peut-être moins logique. Après avoir cherché à établir que l'art. 443 n'a pas entendu parler des priviléges sur les meubles, il ajoute : « A l'égard du privilége qui peut
« atteindre les immeubles, il y a encore de bien grandes distinctions à faire.
« Nous devons même avouer que, si nous les considérons séparément, nous
« sommes tenté, sinon de rejeter le principe de l'art. 443 en ce qui les con-
« cerne, du moins de le modifier beaucoup. Et, par exemple, comment sup-
« poser que celui qui, dans les dix jours qui précèdent la faillite, a vendu
« son immeuble au failli, ou qui, en lui prêtant les fonds, s'est légalement
« fait subroger dans les droits du vendeur, n'aura pas de privilége? Il est
« de règle constante que, dans ce cas, le vendeur et le bailleur de fonds,
« qui est toujours sur le même rang, ne sont dépouillés que par le paie-
« ment; que ce n'est qu'en acquittant le prix de la vente que les créanciers
« personnels peuvent acquérir des droits sur l'immeuble : jusque-là l'ac-
« quéreur n'est propriétaire que sous la condition de payer l'universalité
« du prix...

« Les mêmes principes s'appliquent aux cohéritiers, aux créanciers et
« légataires de la succession, ainsi qu'au privilége du Trésor public sur les
« immeubles des comptables... Les cohéritiers conservent leur privilége
« sur chaque lot, les créanciers et légataires sur les biens de la succes-
« sion, et le Trésor sur les biens acquis depuis la nomination du compta-
« ble, parce que la faillite ne peut pas faire que l'immeuble échu en par-
« tage au failli ne lui soit arrivé sous la condition des soultes ou des
« garanties, que les créanciers et légataires n'aient un droit exclusif sur les
« biens de la succession et préférable à celui des créanciers personnels, et
« enfin que l'immeuble acquis par le comptable ne soit censé acheté avec
« les deniers du Trésor...

« Comme le vendeur, c'est sur leur propre chose que les architectes et
« entrepreneurs viennent exercer leurs droits. Leur refuser une préfé-
« rence exclusive, c'est permettre aux créanciers du failli de retenir une

été constituée après coup, pour une dette préexistante, et sans que le créancier fournît rien en retour de cette concession toute bénévole que lui faisait le débiteur, et le cas où l'hypothèque a été constituée par le contrat même d'où résulte la créance qu'elle garantit. Seulement, on a exprimé cette distinction en termes qui ne sont pas d'une parfaite clarté; on a dit : « Toute « hypothèque conventionnelle... pour dettes *antérieurement* « *contractées.* » Ces mots, *antérieurement contractées*, ont été quelquefois entendus dans un sens tout autre que celui qu'ils ont réellement, dans le sens de *contractées antérieurement à la cessation des paiements* (1). Or, que la dette soit antérieure ou

« chose sans la payer, c'est les autoriser à se venger sur ce qui appartient « aux architectes. J'ai vu cette question se présenter à la 3e Chambre du « tribunal de première instance, et le privilége de l'architecte a été « reconnu...

« Mais, si un homme se mariait dans le délai pendant lequel les actes « faits avant l'ouverture de la faillite sont déclarés nuls, sa femme n'aurait « pas d'hypothèque légale... Il en serait de même du pupille...

« Tous ces principes sont adoptés par M. Grenier et par M. Tarrible... « M. Dalloz remarque qu'il y a péril à vouloir interpréter l'art. 443, et « néanmoins il ne déclare atteint par la disposition de cet article que le « privilége du créancier sur le gage qu'il a reçu dans les dix jours qui ont « précédé l'ouverture de la faillite... » (*Régime hypothécaire*, par M. Persil, 4e édition, t. II, p. 2 et suiv.).

(1) Déjà dans le premier projet du Gouvernement il était dit : « Nul ne « peut, durant le même intervalle (*à partir de l'ouverture de la faillite ou « dans les dix jours qui la précèdent*), acquérir un droit d'hypothèque ou « de nantissement sur les biens du failli, pour des dettes antérieurement « contractées. » Et M. Renouard, rapporteur de la première Commission de la Chambre des députés, expliquait ainsi ces derniers mots : « C'est à « bon droit que le projet prononce, contre les hypothèques *pour dettes « antérieurement contractées*, la même annulation que contre les donations; « quant aux hypothèques attachées aux *dettes postérieures aux dix jours « qui précèdent l'ouverture*, les mêmes motifs n'existent pas. » Le même jurisconsulte, dans son *Traité des faillites et banqueroutes* (t. I, p. 384), dit, en termes encore plus clairs : « La disposition finale de l'art. 446, en annu- « lant les actes constitutifs d'hypothèques conventionnelles et judiciaires, « d'antichrèse, de nantissement, *pour les dettes contractées antérieurement aux « dix jours qui ont précédé la cessation des paiements*, valide ces actes constitutifs, s'ils sont accessoires à des *dettes contractées depuis le com- « mencement de cette période jusqu'au jugement déclaratif.* » — Je lis égale-

postérieure à la cessation des paiements, c'est ici complétement indifférent; il s'agit uniquement de savoir si l'hypothèque, constituée après la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, l'a été par le même contrat d'où résulte la créance, ou bien si elle l'a été par un contrat postérieur à celui-là. Si c'est par le même contrat, l'hypothèque suivra purement et simplement le sort de la créance, que ce contrat soit antérieur ou postérieur à la cessation des paiements. Au contraire, si c'est par un contrat nouveau, par un contrat qui est venu après coup changer la position du créancier, l'hypothèque sera nulle de plein droit, soit que la créance ait pris naissance avant ou depuis la cessation des paiements. La circonstance qu'elle serait née depuis cette cessation ne saurait être favorable au créancier, elle lui serait plutôt contraire; mais ici elle est indifférente et il ne faut pas s'y arrêter. Les mots *antérieurement contractées* signifient donc : contractées antérieurement à la constitution d'hypothèque. C'est alors, mais seulement alors, que cette constitution est nulle de plein droit; au contraire, elle est valable, ou plutôt l'hypothèque suit le sort de la créance, lorsque l'hypothèque et la créance ont été constituées par un seul et même contrat (1).

ment dans le *Recueil général des lois et des arrêts*, en note d'un arrêt de la Cour de Poitiers, du 16 janvier 1860 (Dev.-Car., 60, 2, 289) : « L'art. 446 « ne déclare nulles que les hypothèques qui ont été constituées pour « des dettes contractées plus de dix jours avant l'ouverture de la faillite. »

(1) Ce serait vraiment exprimer une idée bizarre que de dire : « Lorsqu'une créance est née plus de dix jours avant la cessation de paiements du débiteur, l'hypothèque qu'il a consentie pour sûreté de cette créance dans les dix jours ou depuis la cessation de paiements est nulle de plein droit; mais, lorsque la créance elle-même est née depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents et que, du reste, cette créance est valable, on ne peut pas appliquer la nullité de plein droit à l'hypothèque que le débiteur a consentie après coup au créancier. » Je ne puis apercevoir sur quoi serait fondée une pareille distinction. D'ailleurs, cette idée a été positivement repoussée lors de la discussion de la loi. En 1838, à la Chambre des députés, on a émis un doute sur le sens des mots *pour dettes antérieurement contractées* : « De quelles dettes s'agit-il? a-t-on dit. Si on nous parle de la dette contractée antérieurement au contrat constitutif d'hypothèque, il est possible que la dette ait été contractée depuis la

Une seconde observation à faire sur le dernier alinéa de l'article 446, c'est qu'il n'y est pas parlé des hypothèques légales. Les hypothèques légales sont donc affranchies de la nullité de plein droit; et elles devaient l'être dans le système de la nouvelle loi, qui ne frappe de nullité de plein droit les hypothè-

date de la cessation de paiements, que le créancier ait conçu des inquiétudes sur la solvabilité du débiteur et lui ait alors demandé hypothèque. Ainsi il faut savoir si on entend par ces mots *dettes antérieurement contractées* des dettes qui seraient antérieures au contrat constitutif d'hypothèque. » A cette question, nettement posée, M. Quenault, rapporteur de la seconde Commission de la Chambre, a répondu que les mots dont il s'agit s'appliquent à toutes dettes contractées *antérieurement à la constitution d'hypothèque*.

La plupart des auteurs interprètent effectivement d'une manière exacte la disposition finale de l'art. 446. « Cette disposition, dit très-bien M. Bé« darride, ne concerne que les hypothèques conférées pour dettes anté« rieures à leur réalisation et obtenues après coup par les créanciers. Les « dettes contractées sans garantie ne peuvent en recevoir aucune aux « approches de la faillite, et, à plus forte raison, après qu'elle s'est divul« guée par la cessation de paiements. L'intérêt général des créanciers dé« terminait la nécessité de cette prohibition, qui empêche que le failli « n'améliore le sort des uns au détriment des autres » (*op. cit.*, t. I, n° 121). Voy. aussi M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 294), et M. Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n° 1690).

— Que faudrait-il décider si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur avait reçu une somme d'un de ses créanciers chirographaires et lui avait consenti une hypothèque pour garantir à la fois la dette primitive et la nouvelle dette? Suivant M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 123), il est à présumer que le créancier a tout simplement acheté la garantie hypothécaire en paraissant faire un prêt : en conséquence, il faut appliquer l'art. 446 et admettre la nullité de plein droit et pour le tout de l'hypothèque ainsi consentie. Toutefois le même auteur ajoute que, « si la somme nouvellement et réellement prêtée était « importante, et qu'il apparût des circonstances que ce prêt n'a pas eu « pour objet de contrevenir à l'art. 446, on pourrait seulement réduire « l'hypothèque à concurrence du montant du prêt dont le débiteur aurait « réellement profité. » Cela ne me paraît pas parfaitement exact. Sans doute la première créance doit toujours rester purement chirographaire : notre art. 446 s'oppose à ce qu'elle devienne hypothécaire. Quant à la deuxième, elle pourra être validée par le tribunal, et validée comme créance hypothécaire; mais elle pourra aussi, suivant les cas, être tenue pour nulle, aux termes de l'art. 447. Comp. M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 297.

ques même conventionnelles qu'autant qu'elles ont été constituées par un contrat postérieur à celui qui a donné naissance à la créance. Or, l'hypothèque légale, étant attachée par la loi à une créance qui, comme les créances de la femme contre le mari, ou comme celles du mineur contre le tuteur, lui a paru digne de faveur, étant une conséquence de la qualité même de la créance, prend forcément naissance en même temps que la créance : elle en est inséparable et doit en suivre le sort (1).

(1) Il y a cependant une distinction qui au premier abord peut paraître assez plausible et qui a été souvent proposée dans la pratique. Un commerçant est devenu tuteur ou s'est marié depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents : sans aucun doute l'hypothèque légale a pris naissance au profit du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée. Mais supposons qu'un commerçant déjà marié s'oblige envers un tiers depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui précèdent, et que sa femme intervienne pour le cautionner ou pour s'obliger solidairement avec lui : ici la femme va-t-elle acquérir une hypothèque légale prenant rang, aux termes de l'art. 2135 du Code Napoléon, à compter du jour de l'obligation contractée envers le tiers ? La raison de douter, c'est que l'hypothèque légale résulterait d'une convention que les parties ont été libres de faire ou de ne pas faire, c'est que l'hypothèque légale dont il s'agit peut être frauduleuse aussi bien qu'une hypothèque conventionnelle. Cette considération a paru décisive à la Cour de Poitiers, qui a jugé, en conséquence, par un arrêt du 16 janvier 1860, « qu'une femme, agissant de con-« cert avec son mari et un créancier de ce dernier, ne peut faire naître sur « les biens du mari une hypothèque légale...; qu'en subrogeant le créan-« cier à un droit qu'elle prétendrait puiser dans l'art. 1431 du Code Napo-« léon, elle pourrait créer une hypothèque qui aurait en faveur du créan-« cier le même résultat que l'hypothèque conventionnelle frappée d'im-« puissance... » (Dev.-Car., 60, 2, 289).

Mais la Cour de cassation a toujours repoussé cette doctrine qui consiste à faire une distinction non écrite dans le texte de la loi. Ainsi, je lis dans un arrêt, du 16 novembre 1848 : « L'art. 446 du Code de commerce ne se « prête, ni par son texte, ni par son esprit, au système du pourvoi. *Par* « *son texte* : car cet article ne statue que pour les hypothèques convention-« nelles et judiciaires, et nullement pour les hypothèques légales des « femmes et mineurs. *Par son esprit* : car, si l'art. 446 précité annule les « hypothèques conventionnelles et judiciaires constituées sur les biens du « débiteur, pour dettes antérieures, dans les dix jours qui précèdent la « faillite, c'est que le législateur suppose ou redoute un concert frauduleux « pour tromper la masse; mais les mêmes motifs de suspicion n'existent « pas dans le cas où l'hypothèque est une hypothèque légale, dont le béné-

Mais, dans le dernier alinéa de l'art. 446, il est fait mention des hypothèques judiciaires, et, à cet égard, la nouvelle loi laisse beaucoup à désirer. En effet, les hypothèques judiciaires et les hypothèques conventionnelles ont bien ceci de commun qu'elles sont les unes et les autres complétement indépendantes de la qualité de la créance qu'elles garantissent, et qu'elles sont également soumises à la formalité de l'inscription, formalité dont

« fice est réclamé par une épouse qui, loin d'être censée avoir voulu faire « fraude aux autres créanciers, est au contraire présumée avoir été circon- « venue par son mari : c'est précisément à cause de cette situation résul- « tant de sa soumission à la puissance maritale que l'hypothèque légale lui « a été accordée » (Dev.-Car., 49, 1, 121).

La Chambre civile, dans un arrêt du 25 juillet 1860, est allée plus loin. Un sieur L. est déclaré en faillite le 18 août 1857, et l'époque de la cessation de paiements est fixée au 12 avril 1852. Les 12 et 20 avril 1852, les sieurs B. et R., déjà créanciers chirographaires de L., avaient obtenu de lui une hypothèque conventionnelle; de plus, la dame L. s'était obligée envers eux avec son mari et les avait subrogés dans l'effet de son hypothèque légale. La Cour de Nancy, par un arrêt du 11 août 1858, avait validé la subrogation; et le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté : « Attendu que, si les « hypothèques conventionnelles constituées par L. au profit des défen- « deurs, les 12 et 20 avril 1852, pour dettes antérieurement contractées « envers eux, ont été frappées de nullité par l'effet du report de l'ouver- « ture de la faillite fixée au 12 avril 1852, cette nullité, qui, aux termes de « l'art. 446 du Code de commerce, n'atteint que les hypothèques conven- « tionnelles conférées par le failli et les hypothèques judiciaires obtenues « contre lui, n'a point altéré les droits des défendeurs comme subrogés aux « hypothèques légales de la femme L. par suite de l'engagement solidaire « qu'elle avait contracté avec son mari... » (Dev.-Car., 61, 1, 93). — Cette décision est vivement attaquée par M. Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 123 *ter*); mais elle est certainement d'accord avec le texte de la loi. On pourrait, d'ailleurs, suivant les cas, appliquer l'art. 447.

Enfin, le 24 décembre 1860, la Cour suprême casse l'arrêt de la Cour de Poitiers rapporté au commencement de la présente note : « Attendu qu'en « ce qui touche la subrogation dans tous les effets de l'hypothèque légale, « l'arrêt attaqué n'aurait pu en refuser le bénéfice à S., quant à l'indem- « nité résultant pour la dame A. de l'engagement contracté par elle solidai- « rement avec son mari, qu'autant que cette subrogation aurait été le ré- « sultat d'une fraude concertée au détriment des créanciers; mais que l'ar- « rêt reconnaît au contraire la bonne foi de la dame A., en déclarant licite « l'engagement qu'elle a pris envers S. en vue d'empêcher la faillite de « son mari... » (Dev.-Car., 61, 1, 538).

les hypothèques légales, au moins celles de la femme et du mineur, sont affranchies (1); mais elles diffèrent entre elles en un point essentiel, en ce que l'hypothèque conventionnelle peut être constituée par le contrat même d'où résulte la créance ou par un contrat postérieur à celui-là (2), tandis que l'hypothèque judiciaire sera toujours et nécessairement constituée par un acte postérieur à la créance : car elle résulte des jugements ou actes judiciaires (3); or, qui ne le sait? les tribunaux ne constituent pas des droits, ils ne sont appelés qu'à les constater, qu'à les déclarer, qu'à les sanctionner (4). La créance sera donc toujours préexistante par rapport au jugement qu'obtiendra le créancier; l'hypothèque sera donc toujours constituée pour une dette antérieurement contractée, puisque la dette précédera toujours le jugement qui aura condamné le débiteur à en payer le montant. Dès lors, on le voit, quoique, d'après les termes de l'article 446, la distinction entre le cas où l'hypothèque a été constituée postérieurement et celui où elle l'a été en même temps que la créance, semble s'appliquer aux hypothèques judiciaires tout aussi bien qu'aux hypothèques conventionnelles, cependant cette distinction est forcément inapplicable aux hypothèques judiciaires, puisqu'il est impossible d'imaginer un cas, un seul cas, où la créance résulterait de l'acte même qui constitue l'hypothèque judiciaire. La naissance de l'hypothèque judiciaire sera toujours postérieure à celle de la créance : par suite, toutes les hypothèques judiciaires seront nulles de plein droit, du moment que le jugement d'où elles résultent aura

(1) Comp. les art. 2134 et 2135 du Code Napoléon.

(2) Voy. l'art. 2129 du Code Napoléon. Ci-dessus, p. 201, note 2.

(3) Comp. les art. 2117 et 2123 du Code Napoléon.

(4) Cette idée incontestable était déjà parfaitement exprimée par les jurisconsultes romains. Ainsi Ulpien dit, en parlant d'un homme qui prétend avoir un droit de servitude et qui triomphe en justice : « *Si quidem is obtinuerit qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi : sive rectè pronunciatum est, quia habet; sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quæ est declarari* » (L. 8 § 4, Dig., *Si servitus vindicetur*).

été rendu depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents (1).

De là des conséquences fâcheuses, contraires au but même qu'on s'est proposé, c'est-à-dire au maintien de l'égalité entre tous les créanciers.

En effet, si deux créanciers de même somme ont formé leur demande le même jour, l'un devant le tribunal civil, parce que sa créance était civile, l'autre devant le tribunal de commerce, parce que sa créance était commerciale, ce dernier aura beaucoup plus de chances que le premier de profiter de l'hypothèque résultant du jugement qu'il obtiendra, attendu que, la juridiction commerciale procédant avec plus de célérité que la juridiction civile, le jugement pourra être rendu plus de dix jours avant que le débiteur ait cessé ses paiements, tandis que le contraire arrivera souvent devant la juridiction civile. L'efficacité de l'hypothèque dépendra donc d'une circonstance qui en elle-même ne devrait aucunement l'affecter, de ce que l'action aura été portée devant tel tribunal ou devant tel autre, de ce que le tribunal saisi aura fait plus ou moins de diligence, de ce que son rôle est plus ou moins chargé, etc. C'est la conséquence de l'impossibilité absolue où l'on est d'appliquer aux hypothèques judiciaires la distinction admise pour les hypothèques conventionnelles (2).

(1) Il est bien entendu que la nullité de plein droit s'applique à l'hypothèque judiciaire, mais non pas au jugement lui-même. Ainsi jugé par la Cour de Paris le 24 décembre 1849 (Dalloz, *Rec. périod.*, 50, 2, 195). Voy. aussi M. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 389).

(2) Même en dehors du cas où le débiteur que poursuivent plusieurs créanciers est un commerçant de qui la faillite vient ensuite à être déclarée, le principe de l'hypothèque judiciaire entraîne souvent les résultats les plus bizarres, les plus choquants, de telle sorte que le législateur devrait sans doute, comme de bons esprits l'ont réclamé à plusieurs reprises et comme l'Assemblée nationale l'avait admis en 1851, prononcer la suppression absolue de cette espèce d'hypothèque. « Je me demande, dit « M. Pougeard, comment un jugement peut constituer une cause légitime « de préférence. Parmi plusieurs créanciers d'un même débiteur, lequel « obtiendra le premier un jugement? Ce sera le plus rapproché, le mieux « informé, le plus inquiet, le mieux servi par son huissier et son avoué. « Ce sont là des causes légitimes de préférence! Je ne le comprends pas.

Il semble cependant que le législateur ait voulu faire une distinction analogue pour les hypothèques judiciaires. Mais, bien qu'il se soit servi des mêmes termes, *antérieurement contractées*, ce ne saurait être la même distinction. Il faut renoncer à en faire une, ou bien il faut prendre ces mots dans un autre sens que celui qu'ils ont pour les hypothèques conventionnelles, dans un sens approprié à la nature des hypothèques judiciaires, si différentes en cela des hypothèques conventionnelles. Il faut appliquer les mots dont il s'agit au cas où la demande dont le jugement et l'hypothèque sont la suite a été formée dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, ou, à plus forte raison, depuis. C'est alors que l'hypothèque judiciaire serait nulle de plein droit; mais elle serait valable, quand même le jugement aurait été rendu dans les dix jours qui précèdent la cessation de paiements ou depuis, si la demande avait été introduite avant les dix jours. Peut-être cette distinction, raisonnable en elle-même,

« Je suppose entre les créanciers toutes choses égales: on sait comment « les affaires s'instruisent et se jugent. On peut obtenir un jugement dans « quinze jours, on peut ne l'obtenir que dans trois mois; il peut être ex- « pédié le jour même de l'audience, il peut ne l'être que vingt jours après; « le receveur de l'enregistrement peut retenir une feuille vingt-quatre « heures de plus ou de moins, le greffier remettre un jugement avant « l'autre; le conservateur des hypothèques peut exiger la représentation « du titre, il peut en dispenser. De combien d'incidents, d'accidents, de « volontés et de caprices dépend en définitive *la cause légitime de préfé- « rence!*.....

« On sait que, si quelqu'un se hâte, il aura tout et les autres rien. Chacun « veut être le premier. Les assignations pleuvent sur le malheureux débi- « teur; pendant un mois, on n'entend que son nom répété dans les tristes « échos du palais. Il est ruiné, exproprié, et puis, en fin de compte, la « plupart des créanciers ont la perte de leurs frais pour s'indemniser de « celle de leur créance. C'est ce que le tribun Sédillez exprimait très-bien « en les comparant à des infortunés qui, enfermés en grand nombre dans « une maison où le feu éclate, y périssent tous malheureusement, parce « que tous en veulent imprudemment sortir à la fois. — Donc l'hypothèque « judiciaire est funeste dans ses conséquences, autant pour les créanciers « que pour le débiteur. »

Voy. l'excellente dissertation publiée par M. Valette, dans la *Revue de droit français et étranger*, t. VI (1849), p. 919 et suiv., et ses *discours* à l'Assemblée nationale, dans les séances des 18 et 23 décembre 1850.

était-elle dans l'esprit des auteurs de la nouvelle loi lorsqu'ils ont rédigé l'art. 446 ; mais il est à regretter qu'ils ne se soient pas exprimés plus clairement, et qu'ils aient paru faire, pour les hypothèques judiciaires, une distinction qu'elles ne comportent pas et dont les hypothèques conventionnelles sont seules susceptibles. Ou il ne faut pas faire de distinction pour les hypothèques judiciaires, quoique les termes dont on s'est servi, termes qui se réfèrent aussi bien aux hypothèques judiciaires qu'aux hypothèques conventionnelles, indiquent l'intention d'en faire une ; ou bien il faut en faire une qui n'est pas conforme à ces termes, mais qui semble rentrer dans l'esprit de la loi (1).

Une autre observation à laquelle donne lieu le dernier paragraphe de l'art. 446, c'est que, à la différence de l'ancien article 443, il n'annule pas de plein droit toutes les causes de préférence. Ainsi il affranchit de la nullité les priviléges, qui, en effet, ont cela de commun avec les hypothèques légales, qu'ils dérivent de la qualité même de la créance, qu'ils naissent par conséquent avec elle et en sont inséparables (2).

Toutefois, il y a une cause de préférence, qui, lorsqu'on la considère en elle-même et dans ses effets, peut être qualifiée de *privilége*, mais qui a été justement assimilée, par la nouvelle loi, aux hypothèques conventionnelles, et, comme elles, frappée de nullité de plein droit quand elle a pris naissance postérieure-

(1) Il ne me paraît pas possible, en présence du texte de la loi, d'admettre pour l'hypothèque judiciaire la distinction qu'indique M. Bravard.

(2) « A l'égard des priviléges, dit M. Renouard, la force des choses avait « conduit la jurisprudence à tempérer par beaucoup d'exceptions la trop « grande généralité des termes par lesquels l'ancien art. 443 les annulait.» Voy., en effet, ci-dessus, p. 237, note 2. « Aujourd'hui, ajoute M. Renouard, « les actes qui les constituent ne se trouvent plus compris dans l'annula- « tion de l'art. 446 » (*op. cit.*, t. 1, p. 383).

Ainsi l'immeuble vendu au débiteur, l'immeuble mis dans son lot par suite d'un partage, depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents, seront très-bien grevés du privilége du vendeur ou du copartageant. Nous supposons, cela va de soi, que la vente ou le partage n'est pas annulé par application de l'art. 447.

ment à la créance. Je veux parler du privilége des créanciers nantis. En effet, le privilége résultant du nantissement diffère de tous les autres priviléges et se rapproche au contraire des hypothèques conventionnelles, en ce qu'il est indépendant de la qualité de la créance, en ce que par la volonté des parties il peut être constitué pour sûreté de toute espèce de créances (1). Dès lors, on devait l'annuler de plein droit, comme les hypothèques conventionnelles, lorsqu'il a été créé par une convention postérieure à la créance qu'il garantit, lorsqu'il a ainsi conféré à un créancier qui n'y avait aucun droit et qui n'a rien fourni en retour une cause de préférence injustifiable. On le voit donc, le législateur s'est borné à appliquer aux droits de nantissement la même distinction qu'aux hypothèques conventionnelles (2).

(1) La loi civile appelle positivement *privilége* le droit qui résulte du gage (C. Nap., art. 2073-2076, 2079 et 2102). Mais, au fond, ce droit a bien réellement le caractère d'une hypothèque. Précisément parce qu'il peut garantir toute espèce de créance, il est impossible d'appliquer au droit de gage la règle *Privilegia æstimantur non ex tempore, sed ex causâ.* On peut supposer qu'un objet a été engagé par le propriétaire successivement à plusieurs de ses créanciers. Ainsi j'engage un meuble corporel à mon créancier Primus, et ce meuble est mis en la possession d'un tiers convenu entre nous; puis j'engage le même meuble à mon créancier Secundus, et le tiers-détenteur déclare qu'il possédera désormais pour Primus et pour Secundus. Ou bien j'engage à mon créancier Primus un droit de créance que j'ai moi-même sur Paul, et ce transport en garantie est signifié à Paul; puis j'engage la même créance à mon créancier Secundus, et signification est également faite à Paul; enfin il faut supposer que le titre de ma créance a été remis à un tiers, qui le possédera pour Primus et pour Secundus. Dans ces deux cas, si le prix de la chose engagée n'est pas suffisant pour désintéresser Primus et Secundus, Primus sera certainement préféré à Secundus, c'est-à-dire qu'on suit ici précisément la même règle qu'on suivrait entre deux créanciers hypothécaires : *prior tempore, potior jure.* Voy., M. Valette, *Traité des priviléges et des hypothèques*, p. 158. — Si le droit du gagiste n'a pas été appelé *hypothèque*, c'est que, par suite d'une ancienne habitude de langage, le mot *hypothèque* n'est jamais employé là où la possession doit être transférée au créancier.

(2) Lorsque c'est une chose corporelle qui a été donnée en gage par le débiteur aujourd'hui en faillite, il suffit que l'acte constitutif du gage ait date certaine (C. Nap., art. 2074) plus de dix jours avant l'époque de la cessation des paiements, cet acte constitutif fût-il postérieur à la naissance de la créance, pour que la nullité de plein droit de notre art. 446 soit

La nouvelle loi a de plus réparé une omission de l'ancienne, en comprenant au nombre des actes nuls de plein droit, sauf la distinction que j'ai indiquée, soit pour les hypothèques conven-

inapplicable; et, si la remise de la chose en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties (C. Nap., art. 2076) n'avait eu lieu qu'après la cessation de paiements, je verrais là de la part du débiteur le paiement d'une dette échue, par conséquent un acte annulable aux termes de l'art. 447, mais non pas nul de plein droit.

Maintenant supposons qu'il y a eu *transport en garantie*, que c'est un droit de créance qui a été engagé après coup pour sûreté d'une dette déjà existante : alors, pour échapper à l'application de l'art. 446, suffit-il encore que l'acte constitutif du gage ait date certaine avant les dix jours? Ne faut-il pas, de plus, que la signification du transport ait été faite au débiteur avant ces mêmes dix jours? J'ai examiné une question analogue à propos de ce que l'art. 446 appelle *le paiement par transport*, et j'ai décidé que ce paiement n'est point nul de plein droit par cela seul que la signification n'a pas été faite plus de dix jours avant la cessation des paiements (voy. ci-dessus, p. 228, note 1). Il faut ici décider de même, et c'est effectivement ce qu'a décidé la Cour de cassation, par son arrêt du 19 juin 1848. Cet arrêt distingue soigneusement deux cas : le premier est celui où le débiteur a, dans un seul et même acte (ou dans deux actes successifs, antérieurs l'un et l'autre aux dix jours qui précèdent la cessation de paiements), emprunté une somme et engagé un droit de créance au prêteur; le deuxième est celui où le débiteur, qui avait d'abord emprunté sans donner de garantie au prêteur, lui a ensuite engagé sa créance, de telle sorte que cette constitution de gage a eu lieu depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours qui précèdent. Dans le premier cas, lors même que le créancier gagiste n'aurait signifié le transport que depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, l'art. 446 ne doit pas être appliqué; dans le deuxième cas, au contraire (cas dans lequel évidemment la signification n'a pas eu lieu avant les dix jours), le transport en garantie est nul de plein droit à l'égard de la masse. Voici, au surplus, les *considérants* de l'arrêt :

« Attendu qu'il est reconnu dans la cause que l'acte par lequel O. R. « a donné à M. les actions dont il s'agit, en nantissement du prêt qui lui « était fait par ce dernier, a été signifié au débiteur de la créance le 16 fé- « vrier 1844, la veille du jour où O. R. a été déclaré en faillite; — Qu'ainsi « le créancier a été régulièrement saisi du gage, même à l'égard des tiers, « avant que le failli fût dessaisi de l'administration de ses biens et que la « position respective des créanciers du failli fût irrévocablement fixée; — « Que les droits de M. sur le gage ne pourraient être déclarés nuls en vertu « de l'art. 446 du Code de commerce qu'autant qu'ils auraient été consti- « tués, dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la cessation des « paiement, pour une dette antérieurement contractée; mais qu'il est établi

tionnelles, soit pour le gage, et qui reçoit également ici son application, les constitutions d'antichrèse, dont l'ancien texte du Code n'avait pas parlé. L'antichrèse n'est, en effet, ni un privi-

« par l'arrêt attaqué que le nantissement a eu lieu en même temps que « le prêt fait au débiteur et par le même acte ayant date certaine par « l'enregistrement; qu'ainsi le contrat est à l'abri des soupçons de fraude « qui seuls pourraient en entraîner la nullité de plein droit....;

« Attendu que l'art. 448, suivant lequel les inscriptions hypothécaires « prises dans les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation de paie- « ments peuvent être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de quinze « jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et l'inscription, « ne contient rien de pareil en ce qui touche le contrat de nantissement; « que d'ailleurs la disposition qu'il renferme est facultative, que l'applica- « tion en est remise à la conscience et aux lumières du juge et dépend « des circonstances de la cause... » (Dev.-Car., 48, 1, 465).

La doctrine consacrée dans cet arrêt me paraît parfaitement exacte, parfaitement conforme à la volonté du législateur. Elle a cependant été attaquée avec beaucoup de vivacité. Suivant M. Massé, la signification n'est pas utilement faite par le créancier gagiste après la cessation de paiements du débiteur (ou dans les dix jours précédents), lors même que le gage aurait été stipulé sans fraude avant cette époque, et l'arrêt du 19 juin 1848 ne repose sur aucun motif juridique. Les objections de M. Massé peuvent se résumer ainsi : « L'erreur capitale de la Cour de cassation consiste à supposer que le gage est *constitué* par cela même qu'il a été convenu ou stipulé ; or, quand c'est une créance qui est donnée en nantissement, la signification est nécessaire à la *constitution* du gage. Peu importe que la signification soit le fait du créancier nanti et non du débiteur qui a donné le gage : cette circonstance ne fait pas que le gage soit *constitué* avant la signification» (voy. *op. cit.*, t. IV, n° 2891). Je suis forcé de le dire, il n'y a rien là de sérieux : d'une part, M. Massé joue sur les mots, et, d'autre part, il viole manifestement le texte de l'art. 446. Je vais démontrer ces deux propositions.

1° *M. Massé joue sur les mots.* L'art. 446 annule le droit de nantissement constitué sur les biens du débiteur, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, pour dette antérieurement contractée. Or, à quel moment peut-on dire que le droit de nantissement est *constitué?* Suivant M. Massé, c'est seulement quand il est opposable aux tiers : donc, si c'est une créance qui est donnée en gage, le droit de nantissement n'est *constitué* qu'après que le créancier cessionnaire s'est conformé à l'art. 1690. Je conviens qu'en général le mot *constitué* peut être pris dans le sens dont il s'agit. Mais je m'empresse d'ajouter qu'évidemment tel n'est point le sens dans lequel il a été employé par le rédacteur de l'art. 446. En effet, si la signification au débiteur est nécessaire pour que le droit de gage sur une créance soit *constitué*, M. Massé conviendra que l'inscription est tout

lége ni une hypothèque : car elle ne confère au créancier aucun droit de préférence sur le prix ; mais c'est un droit de gage sur un immeuble, un droit réel, qui autorise le créancier à retenir

aussi nécessaire pour que le droit d'hypothèque judiciaire ou conventionnelle soit *constitué*, c'est-à dire opposable aux tiers. Alors il faudrait dire que la disposition finale de l'art. 446, qui parle de la *constitution* de l'hypothèque en même temps que de la *constitution* du nantissement, a en vue, non pas le jugement ou l'acte notarié qui crée l'hypothèque, mais bien l'inscription qui la vivifie, qui la rend efficace à l'égard des tiers. Or cela est impossible : car un article spécial, l'art. 448, règle le sort de l'inscription prise sur les biens du débiteur depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents. Ainsi, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, il est certain que l'art. 446 *in fine* se réfère au contrat d'où elle résulte ; l'art. 448 oppose même l'une à l'autre l'inscription et ce qu'il appelle *l'acte constitutif de l'hypothèque*. Donc, puisque, dans le langage de la loi, le droit d'hypothèque est *constitué* par le contrat, sans aucun doute le droit de nantissement est également *constitué* par le contrat. En somme, le mot *constitué* dans l'art. 446 *in fine*, en tant qu'il s'applique au droit de nantissement, est synonyme de *consenti dans la forme prescrite par la loi*. — Remarquez d'ailleurs la bizarrerie choquante à laquelle on arriverait dans le système de M. Massé. Depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours qui précèdent, un commerçant emprunte une somme et par le même acte engage au prêteur un droit de créance : très-certainement il s'écoulera au moins quelques heures avant que la signification puisse être faite au débiteur de la créance : alors, l'acte d'emprunt étant valable, la constitution de gage qui, dans la pensée des parties, en était la condition inséparable, serait toujours et nécessairement nulle de plein droit !

2° *M. Massé viole le texte de l'art.* 446. En effet, comme je l'ai déjà remarqué (ci-dessus, p. 228), ce que l'art. 446 annule de plein droit, ce sont certains actes *faits par le débiteur* : donc, quand M. Massé applique la nullité de plein droit à la signification faite par le créancier cessionnaire, il étend de sa propre autorité la disposition de la loi à un cas qu'elle n'a aucunement prévu. La Cour de cassation, dans les *considérants* d'un arrêt du 4 janvier 1847, dit très-bien que, « si la signification du contrat au débiteur « de la créance donnée en gage, quoique antérieure à la déclaration de « faillite, est postérieure à l'époque de la cessation des paiements, elle « n'est point et ne pouvait pas être *le fait du failli*, mais bien le fait exclu- « sif du créancier nanti ; qu'ainsi les circonstances auxquelles la loi attache « la nullité de plein droit manquent dans la cause... » (Dev.-Car., 47, 1, 161, 4e *espèce*). Seulement, il faut convenir que cette excellente décision n'est pas d'accord avec l'arrêt rendu le même jour, par la même Chambre civile, à propos du *paiement par transport*, arrêt que j'ai combattu (*eâd. p.* 228).

J'ai dit qu'une donation offerte et acceptée plus de dix jours avant la ces-

l'immeuble jusqu'à ce qu'il soit désintéressé, et à en percevoir les fruits par imputation sur sa créance (1). L'antichrèse est donc, à ces deux points de vue, fort dommageable à la masse, et il y avait nécessité de l'annuler de plein droit lorsque c'est après coup et au profit d'un créancier qui n'avait pas en contractant stipulé cette garantie, qu'elle est constituée. C'est aussi ce qu'ont fait les auteurs de la nouvelle loi (2).

Je n'ai plus, pour terminer l'explication de l'art. 446, que deux observations à présenter.

La première est toute simple et il me suffira de l'énoncer. Si des droits d'hypothèque, d'antichrèse ou de nantissement, étaient constitués par un tiers, sur ses propres biens, au profit d'un créancier du failli (3), il n'y aurait aucune raison de les annuler : car ils n'empirent en rien la condition des créanciers; loin de là, ils profiteraient indirectement à la masse, en dégrevant le passif de la faillite de ce que le créancier recevrait sur les biens du tiers, ou du moins d'une partie de cette somme. C'est pourquoi on a dit, dans le dernier alinéa de l'art. 446,

sation des paiements du donateur serait nulle de plein droit si la notification de l'acceptation ne lui avait pas été faite avant ces mêmes dix jours (ci-dessus, p. 220). Je traite donc la signification du transport tout autrement que la notification de l'acceptation du donataire. C'est que le donateur n'est aucunement lié tant que l'acceptation ne lui a pas été notifiée, tandis que la cession est parfaite entre le cédant et le cessionnaire indépendamment de toute signification faite au débiteur cédé.

(1) Voy. les art. 2085 et suiv. du Code Napoléon.

(2) L'art. 446 déclare nuls de plein droit *tous droits d'antichrèse ou de nantissement* constitués..... Il y a là une sorte de pléonasme : la loi civile voyant dans l'antichrèse une espèce de nantissement (C. Nap., art. 2072), à la rigueur il eût suffi de parler dans notre art. 446 des droits de nantissement. Nous savons que le gage confère au créancier un privilége, un droit de préférence sur le prix de la chose engagée; rien de semblable dans le cas d'antichrèse. Mais, du reste, le créancier antichrésiste pouvant retenir la possession de l'immeuble et en percevoir les fruits, même à l'encontre des tiers, la loi du 23 mars 1855 a exigé avec raison que l'antichrèse fût rendue publique par la transcription.

(3) Le cas est expressément supposé dans les art. 1020, 2077 et 2090 du Code Napoléon.

constitués sur les biens du débiteur. Mais on a eu tort d'emprunter ces expressions à l'ancien texte du Code : d'après la manière dont l'ancien art. 443 était rédigé, elles étaient utiles, tandis qu'elles ne le sont pas et qu'elles font même une espèce de pléonasme dans le nouvel art. 446. Cet article commence ainsi : « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils au« ront été *faits par le débiteur*... » Or, d'après cela, il est clair qu'il ne peut s'agir dans l'article que de droits constitués sur les biens du débiteur, puisqu'il s'agit de droits constitués par lui et qu'évidemment il ne saurait en constituer aucun sur les biens d'autrui. Les mots : *constitués sur les biens du débiteur* sont donc de trop dans le dernier alinéa de l'art. 446 (1).

Il résulte du rapprochement de ce dernier alinéa avec le premier la preuve d'un autre vice de rédaction. D'après le premier alinéa, sont nuls et sans effet relativement à la masse, lorsqu'ils *auront été faits* par le débiteur, tous les actes énoncés dans les alinéas suivants. Or, ces expressions, *auront été faits*, peu correctes pour les hypothèques conventionnelles, pour les droits d'antichrèse ou de nantissement, sont complétement inexactes pour les hypothèques judiciaires, lesquelles ne sont nullement des actes faits par le débiteur ni des droits conférés par lui ; et cependant, les mots *faits par le débiteur* se réfèrent aux hypothèques judiciaires tout comme aux autres actes énumérés dans l'art. 446.

— La deuxième observation que j'ai à présenter est plus grave et mérite plus d'attention. L'art. 446, en tant qu'il annule les constitutions d'hypothèque, de nantissement ou d'antichrèse, s'applique-t-il même au cas où les dettes seraient déjà échues ? Nous avons vu que, relativement aux dations en paiement, la nouvelle loi n'admet aucune distinction entre les dettes échues et les dettes non échues (2). Mais, relativement aux constitutions

(1) La suppression de ces mots serait d'autant plus à désirer que, comme nous l'avons vu, l'expression *constitués*, en elle-même, est un peu équivoque, et qu'elle a induit certains jurisconsultes en erreur (ci-dessus, p. 250, note).

(2) Voy., ci-dessus, p. 222 et suiv.

d'hypothèque, de nantissement ou d'antichrèse, elle est moins explicite : elle se borne à dire *pour dettes antérieurement contractées*, sans ajouter *échues ou non échues*. Or, la nouvelle loi valide les paiements des dettes échues : dès lors, ne serait-il pas contradictoire d'annuler de plein droit les constitutions d'hypothèque ou de gage pour sûreté de ces mêmes dettes que le débiteur pourrait payer très-valablement ? Payer, c'est plus que donner une simple sûreté pour garantie du paiement : on validerait donc le plus et on annulerait le moins.

Ajoutez que, quand la dette est échue, la constitution d'hypothèque n'a pas plus que le paiement le caractère d'un acte à titre gratuit : car le créancier, en échange de la concession qui lui est faite, en fait une de son côté : il donne du temps, il renonce à faire des poursuites qu'il pourrait commencer immédiatement. Il y a donc là un contrat à titre onéreux (1). — Ajoutez enfin que le débiteur pourrait vendre à un tiers, et, par conséquent, soustraire à la masse de ses créanciers l'immeuble sur lequel il constitue hypothèque à l'un de ses créanciers (2).

Pourquoi, dès lors, cette constitution d'hypothèque serait-elle nulle de plein droit ? Pourquoi ne serait-elle pas maintenue, si le créancier était de bonne foi ? — Sans doute, on aurait pu admettre ce système. Mais, en fait, on ne l'a pas admis : car l'article 446 annule de plein droit les hypothèques, les droits d'antichrèse et de nantissement, par cela seul que ces droits ont été constitués depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, et que la dette préexistait à la constitution de ces droits. Il n'exige nullement que la dette ne soit pas échue ; et la discussion qui a eu lieu à la Chambre des députés sur notre article ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard.

(1) On peut en dire autant du cas où, la dette n'étant pas encore échue, le créancier consent dès à présent une prorogation du terme.

(2) Cette observation tendrait à faire supprimer la nullité de plein droit de la constitution d'hypothèque, aussi bien quand cette constitution se rapporte à une dette non encore échue que quand elle se rapporte à une dette échue.

Au fond, n'est-ce pas là une anomalie? Tout ce qu'on peut dire pour justifier cette disposition de la loi, c'est que rien n'autorise à suspecter la bonne foi d'un créancier qui reçoit son paiement, tandis que celui qui, après la cessation des paiements, se fait constituer une sûreté ne peut guère ignorer que le débiteur ne paie pas : car le fait même le prouve. On peut donc considérer ce créancier comme étant de mauvaise foi. Mais, si cette raison, que j'ai déjà indiquée à propos de la dation en paiement pour dettes échues (1), est suffisante pour justifier la disposition de la loi quand l'hypothèque a été constituée depuis la cessation des paiements, elle ne saurait cependant la justifier complétement et pour tous les cas : car la nullité de plein droit prononcée par l'art. 446 s'applique même au cas où l'hypothèque aurait été constituée avant la cessation des paiements (dans les dix jours précédents) et pour sûreté d'une dette échue; or, dans ce cas, on ne peut dire que le créancier connaissait la cessation des paiements, puisqu'elle n'existait pas encore, puisque s'il avait exigé son paiement il l'aurait reçu. S'il s'est contenté d'une sûreté, c'est plutôt une preuve qu'il ignorait le mauvais état des affaires du débiteur. Dès qu'il pouvait recevoir le paiement et que le débiteur était encore en état de le faire, il faudrait, pour qu'on pût justement annuler de plein droit la constitution d'hypothèque, il faudrait qu'elle fût intervenue à titre gratuit. Or, il n'en est rien, quand la dette est échue; et, à ce point de vue, le système de la nouvelle loi, tant en ce qui concerne les constitutions d'hypothèque ou autres sûretés analogues, qu'en ce qui concerne les dations en paiement, laisse véritablement à désirer. On a eu tort, quand il s'agit de dettes échues, d'assimiler ces actes, qui évidemment sont toujours des actes à titre onéreux, de les assimiler aux actes à titre gratuit; et c'est pourtant ce qu'on a fait, en les annulant de plein droit lors même qu'ils seraient antérieurs à la cessation des paiements. Cette rétroactivité ne peut être admise, rationnellement, que pour les actes à titre gratuit;

(1) Voy., ci-dessus, p. 227.

et, par conséquent, on aurait dû en affranchir les dations en paiement, et surtout les constitutions d'hypothèques ou autres droits analogues, quand elles s'appliquent à des dettes échues (1).

(1) Je ne veux pas terminer l'explication de l'art. 446 sans rechercher si cet article doit être appliqué dans l'hypothèse suivante : Un commerçant tire une lettre de change; quelque temps après, il expédie au tiré des marchandises, à titre de provision; enfin il est déclaré en faillite, et l'époque de la cessation de ses paiements est fixée de telle manière qu'il se trouve que l'envoi de la provision a eu lieu depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée. On se demande si en cas pareil l'envoi de la provision n'est pas nul de plein droit, ou, en d'autres termes, si les valeurs dont il s'agit ne doivent pas être considérées comme étant toujours le gage de la masse des créanciers de la faillite. La Cour de cassation, par un arrêt de cassation, du 24 janvier 1860, a décidé qu'il y avait là un paiement *en marchandises* d'une dette *non échue*, par conséquent un acte déclaré nul sous un double rapport par l'art. 446 (Dev.-Car., 60, 1, 789). La même Cour, par un arrêt de rejet, du 12 mars 1861, a reconnu, ce qui allait de soi, que le tiré ne pouvait pas, pour se dispenser de payer la lettre de change à l'échéance, « se prévaloir d'une nullité édictée exclusi- « vement au profit de la masse des créanciers et dont l'effet ne peut être « que de faire rentrer la provision dans la masse de la faillite » (Dev.-Car., 62, 1, 964). Enfin, la Cour de Nîmes, par un arrêt du 6 février 1862, décide, après la Cour de cassation, qu'il y a lieu d'appliquer ici l'art. 446, en ajoutant ce nouveau motif que l'envoi de la provision doit être considéré comme la constitution d'un droit de nantissement pour une dette antérieurement contractée (voy. le *Recueil des arrêts de la Cour impériale de Nîmes*, par M. de Leiris, volume de 1863, p. 195 et suiv.).

Cette jurisprudence a été attaquée récemment avec une grande énergie par M. de Leiris (en note du dernier arrêt qui vient d'être cité); et je crois, en effet, qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'art. 446.

D'abord, si le tiré avait accepté la lettre de change quand le tireur lui envoie la provision, le tireur en l'envoyant ne fait qu'exécuter une obligation dont il était tenu envers le tiré : évidemment il n'y a de sa part, dans ce premier cas, ni paiement d'une dette non échue, ni dation en paiement, ni constitution d'un droit de nantissement pour une dette antérieurement contractée. Il faut en dire autant du cas où l'envoi de la provision a, non pas suivi, mais précédé l'acceptation de la lettre de change par le tiré. Le tireur avait dit, expressément ou implicitement : « Je vous donne mandat d'acquitter une lettre de change de 5,000 fr. que je tire sur vous, et avant l'échéance je vous ferai passer des valeurs pour vous permettre de vous obliger envers le porteur sans courir aucun risque. » Ici encore l'envoi des valeurs, suivi de l'acceptation de la lettre de change par le tiré qui les a reçues, ne peut être considéré ni comme le paiement d'une dette non échue, ni comme une dation en paiement, ni comme la constitution d'un

2o *Actes annulables.*

Je passe à un second ordre de nullités, qui fait le pendant des nullités de plein droit, mais qui cependant en diffère essentiellement.

Les nullités de ce second ordre se distinguent d'abord de celles du premier ordre, en ce que les nullités de plein droit ne s'appliquent qu'à certains actes déterminés par la loi, tandis que les nullités du second ordre s'appliquent, en général, à tous les actes que le débiteur a pu faire et qui ne sont pas nuls de plein

droit de nantissement pour dettes antérieurement contractées. En réalité, c'est l'un des éléments constitutifs d'un contrat à titre onéreux qui s'est formé entre le tireur et le tiré. — Enfin reste le cas où le tiré, qui a reçu provision, n'a pas accepté la lettre de change avant l'échéance. Même dans ce cas il ne me paraît pas possible d'appliquer l'art. 446, attendu que l'envoi de la provision ne rentre dans aucun des actes prévus par l'article et qu'il n'est pas permis d'interpréter d'une manière extensive une disposition légale qui prononce une nullité de plein droit. Si les marchandises expédiées par le tireur à titre de provision étaient reçues par le porteur de la lettre de change, on pourrait bien dire qu'il y a eu *paiement par vente* fait avant l'échéance; mais le porteur ne reçoit rien avant l'échéance, et ce qu'il demandera lors de l'échéance, c'est l'objet même de son droit, c'est une somme d'argent. Les marchandises envoyées à titre de provision sont reçues par le tiré; le tireur lui dit *Do ut des*, c'est-à-dire qu'il fait avec le tiré un contrat à titre onéreux, un contrat *sui generis* qui n'a été aucunement prévu dans l'art. 446. Peu importe que le tiré qui a reçu ces valeurs n'ait pas accepté la lettre de change : il n'en est pas moins tenu, par cela seul qu'il les a reçues, tenu envers le tireur et tenu envers le porteur. J'ajoute qu'il est impossible de voir dans l'expédition des marchandises la constitution d'un droit de nantissement pour dette antérieurement contractée : car le droit de nantissement ne peut être constitué que dans la forme indiquée par l'art. 2074 du Code Napoléon, et cette forme ici fera presque toujours défaut.

Ainsi l'art. 446 est absolument inapplicable. Le porteur a bien réellement acquis un droit exclusif sur la provision, lors même que le tireur l'aurait fournie depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents, sauf seulement la faculté pour les tribunaux d'appliquer, suivant les cas, l'art. 447.

droit. On peut donc dire qu'elles sont *générales*, tandis que les nullités de plein droit sont *spéciales à certains actes* (1).

En second lieu, les actes auxquels s'appliquent les nullités de plein droit ont un caractère tout autre que les actes auxquels s'appliquent les nullités du second ordre. En principe, les nullités de plein droit ne s'appliquent qu'aux actes à titre gratuit; il faut seulement ajouter certains actes qui sont justement suspects et éminemment dommageables à la masse des créanciers, qui, comme tels, ont été assimilés aux actes à titre gratuit. Au contraire, les nullités du second ordre s'appliquent aux actes ordinaires, habituels, à ces actes que suppose et nécessite l'exercice même du commerce, tels que des paiements de dettes échues, des obligations contractées, des aliénations d'objets mobiliers ou immobiliers, etc.

Aussi les nullités du second ordre diffèrent-elles encore, et non moins essentiellement, de celles du premier, quant à leurs conditions d'existence. En effet, on ne pouvait pas frapper d'une nullité inflexible, absolue, comme celle que prononce l'art. 446, tous les actes que le débiteur a faits pendant qu'il était à la tête de ses affaires (2) : c'eût été tendre un piége à la bonne foi des tiers, qui ont fort bien pu ignorer la cessation des paiements. D'un autre côté, la cessation des paiements est un fait grave, qu'ils ont pu connaître, et dont il fallait tenir compte dans une juste mesure. On ne pouvait pas laisser purement et simplement sous l'empire du droit commun les actes que le débiteur a faits depuis cette cessation : astreindre les créanciers qui voudraient obtenir l'annulation de ces actes à prouver que le débiteur les a faits en fraude de leurs droits, et que les tiers, auxquels il a

(1) L'art. 447, qui est consacré aux nullités du second ordre, commence ainsi : « Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues, et « tous autres actes à titre onéreux par lui passés..... »

Malgré la généralité de ces expressions, on peut douter que l'art. 447 soit applicable au partage. Mais c'est un point que nous examinerons un peu plus loin.

(2) C'est-à-dire jusqu'au jugement déclaratif de sa faillite.

fait des paiements ou avec lesquels il a contracté, étaient complices de cette fraude, c'eût été méconnaître les exigences de la situation et imposer aux créanciers des conditions trop difficiles à remplir. Aussi a-t-on, en quelque sorte, adopté un terme moyen : on a dispensé les créanciers de toute espèce de preuve à l'égard du débiteur, qui ne peut, lui, ignorer la cessation de ses paiements, laquelle est son fait; et, à l'égard des tiers, on a seulement astreint les créanciers à prouver que ces tiers connaissaient la cessation des paiements au moment où ils ont contracté avec le débiteur ou bien où ils ont reçu de lui. On a donc fait dépendre la nullité, non pas de la preuve de la fraude, mais uniquement de la preuve de la mauvaise foi des tiers, c'est-à-dire de ce fait qu'ils connaissaient la cessation des paiements, en d'autres termes, qu'ils ont commis sciemment une infraction à la règle de l'égalité qui doit exister entre les créanciers (1).

De là cette conséquence, qui passe quelquefois inaperçue et qui mérite cependant d'être remarquée : que, pour les nullités

(1) Voilà un débiteur qui contracte avec un tiers, qui par exemple lui fait une vente. D'après la règle du droit commun (C. Nap., art. 1167), les créanciers ne pourront faire révoquer cette vente qui leur cause préjudice qu'aux deux conditions suivantes : 1° prouver que le débiteur a eu l'*animus fraudandi*, c'est-à-dire a su que par l'acte en question il se rendait insolvable ou il augmentait son insolvabilité; 2° prouver que le tiers-acheteur a également connu le résultat qu'entraînerait la vente. Au contraire, d'après la règle du droit commercial, les créanciers ont seulement à prouver que le tiers-acheteur a connu l'état de cessation de paiements où se trouvait son vendeur. — En ce qui concerne les paiements de dettes échues, il y a une différence plus considérable encore entre la règle du droit commun et la règle du droit commercial. D'après l'art. 447 du Code de commerce, la masse des créanciers fera tomber le paiement en prouvant que le créancier qui l'a reçu savait que le débiteur était en état de cessation de paiements. Au contraire, de droit commun, le créancier qui reçoit à l'échéance ce qui lui est dû ne peut pas être considéré comme se rendant complice d'une fraude, et, en conséquence, le paiement sera maintenu, lors même que le débiteur qui l'a fait aurait eu pleinement conscience de son insolvabilité et du tort qu'il causait à ses autres créanciers, lors même que le créancier payé aurait également connu la situation : c'est ce que décidait déjà le droit romain.

du second ordre, on ne remonte pas au-delà de la cessation des paiements ; tous les actes antérieurs, ne le fussent-ils que d'un jour, à la cessation des paiements sont affranchis de ces nullités. Et la raison en est simple : les nullités dont il s'agit ne sauraient être admises qu'autant que ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui connaissaient la cessation de ses paiements ; or, on ne peut pas même alléguer qu'ils la connaissaient, quand l'acte qu'ils ont fait avec le débiteur a précédé cette cessation. Ils ne pouvaient pas la connaître, puisqu'elle n'existait pas encore ; il aurait fallu qu'ils la devinassent, qu'ils en eussent en quelque sorte la prescience. On peut bien supposer que le débiteur qui n'a pas encore cessé ses paiements, mais qui est sur le point de les cesser, a la conscience de sa situation, et annuler les actes qu'il a faits en cet état, lorsque ces actes sont de telle nature qu'il n'a pu les faire loyalement, sans nuire à ses créanciers, lorsque, d'ailleurs, leur annulation ne peut pas causer une perte aux tiers, mais seulement leur enlever un bénéfice : dès lors il n'y a pas à s'occuper de la bonne ou de la mauvaise foi de ces tiers *qui certant de lucro captando*, il y a seulement à s'occuper de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur lui-même. Une règle différente devait évidemment être suivie en ce qui concerne les paiements de dettes échues et les autres actes à titre onéreux qu'a pu faire le débiteur (1).

Cette différence entre les actes nuls de plein droit et ceux qui sont simplement annulables, différence quant à l'époque où les actes ont été faits, est donc parfaitement rationnelle. Elle ressort clairement de la comparaison des articles 446 et 447 ; et les auteurs de la loi de 1838, en l'introduisant dans la législation, ont

(1) Le droit romain faisait déjà une distinction analogue relativement à l'exercice de l'action paulienne. L'acte dont se plaignent les créanciers est-il un acte à titre onéreux : pour le faire tomber, ils doivent prouver qu'il y a eu *animus fraudandi* chez leur débiteur et *conscientia fraudis* chez le tiers avec qui il a traité. Au contraire s'agit-il d'un acte à titre gratuit : peu importe que le tiers qui devait en profiter ait été de bonne foi, ait ignoré la situation du débiteur. Cette distinction doit également être faite chez nous, en droit civil, pour l'application de l'art. 1167.

consacré un notable progrès. C'est une innovation heureuse, dont on ne trouve aucune trace dans le Code de commerce, ni dans la législation antérieure, qui à cet égard laissait beaucoup à désirer (1).

Une autre conséquence, qui dérive de la différence que je viens de signaler entre les nullités de plein droit et celles du second ordre, c'est que les nullités de plein droit sont absolues, inflexibles, ne laissent aux juges aucun pouvoir discrétionnaire, — tandis que, pour les nullités du second ordre, ils ont, à cet égard, la plus grande latitude : c'est à eux qu'il appartient d'apprécier si les tiers ont connu ou ignoré la cessation des paiements; et, alors même qu'il serait établi, démontré, que les tiers connaissaient la cessation des paiements, il serait encore permis aux juges de ne pas prononcer la nullité, car, à cet égard, la loi s'en rapporte à leur sagesse, à leur prudence. Elle dit : « Pourront « être annulés... » (2). Ces nullités ont donc un caractère pure-

(1) L'innovation se trouve déjà dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834. L'art. 444 de ce projet présume frauduleux tous actes ou paiements faits par le débiteur *dans l'intervalle écoulé entre l'ouverture de la faillite et le jugement qui la déclare;* les articles suivants prononcent la nullité des actes de donation, paiements de dettes non échues, etc., faits par le débiteur *à partir de l'ouverture de la faillite ou dans les dix jours qui la précèdent.*

Comp., sur l'innovation dont il s'agit, MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 390), et Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 118).

(2) Dans la séance de la Chambre des députés, du 30 mars 1838, cette expression facultative a été attaquée. M. Sevaistre proposait de remplacer le mot *pourront* par le mot *devront* : « Dans le cas, disait-il, où il y aurait « quelque doute que le créancier a eu connaissance de la cessation de « paiements, le tribunal pourrait se croire autorisé par le mot *pourront* à « ne pas annuler le paiement. »

M. le rapporteur : « Nous ne voyons pas un grand inconvénient à l'adop- « tion de l'amendement. Permettez-moi cependant d'expliquer que, par le « mot *pourront*, nous avons voulu laisser aux juges appréciateurs des faits « une grande latitude; et, comme cet article contient toute espèce d'actes, « il pourrait se rapporter à des actes du petit commerce, de la petite bouti- « que, qui se trouveraient par la généralité de l'article enveloppés dans « l'annulation. Nous avons voulu laisser à la sagesse des tribunaux le droit « d'apprécier les circonstances. — Comme nous pensons, au reste, que la « jurisprudence sera toujours assez éclairée pour distinguer les actes qui

ment facultatif, alors même que les tiers auraient connu la cessation des paiements. Il y a, en effet, des circonstances où il serait inique, même dans ce cas, de prononcer la nullité. Telle serait, par exemple, la circonstance où le débiteur aurait vendu à juste prix un objet, mobilier ou immobilier, à une personne qui connaissait la cessation de ses paiements, et où il aurait employé le prix à l'achat d'une autre chose de même valeur, qui se trouverait en nature dans l'actif de la faillite : ne serait-il pas inique alors de forcer l'acheteur à rapporter la chose qui lui aurait été livrée et à ne recevoir qu'un simple dividende sur le prix que lui-même aurait payé, à ne recouvrer ce prix qu'en partie ? Evidemment, ce serait inique : car ce serait enrichir la masse aux dépens du tiers-acheteur (1).

« portent préjudice à la masse de ceux qui n'ont point cet effet, nous ne « verrions pas grand inconvénient à l'adoption de l'amendement. »

M. Barbet : « C'est précisément pour la circonstance citée par M. Sevais- « tre qu'il faut conserver le mot *pourront* et laisser au tribunal la faculté « d'apprécier les faits. »

M. Martin (*de Strasbourg*) : « Je crois qu'il y a une bonne raison pour « préférer *pourront* à *devront*, parce que l'art. 447 atteint des actes à titre « onéreux. Or il est possible qu'un tel acte ait été consommé et n'ait « pas porté préjudice à la masse. Dans ces cas donc, il faut que le juge ne « soit pas obligé d'annuler et que les syndics ne soient pas forcés de de- « mander l'annulation : ce n'est qu'autant qu'il y aura eu préjudice pour « les créanciers que les juges devront annuler. Il faut donc laisser le mot « *pourront*. »

L'amendement n'a pas été appuyé.

(1) Les auteurs admettent, en général, que l'art. 447 laisse aux juges un pouvoir discrétionnaire pour maintenir, suivant les cas, l'acte passé par le débiteur depuis la cessation de ses paiements, lors même que le tiers qui a participé à l'acte aurait eu connaissance de cette cessation. « Il y aurait « abus et danger, dit néanmoins M. Renouard, à porter loin cette latitude ; et « les cas seront rares où les tribunaux pourront, sans manquer à l'impartialité « et à la justice, s'abstenir de prononcer l'annulation lorsque la connaissance « de la cessation des paiements sera évidente à leurs yeux. Le texte de « l'article oblige à décider que le fait de cette connaissance n'est pas une « cause nécessaire d'annulation ; mais il en est une cause suffisante et n'a pas « besoin d'être accompagné de la constatation d'une autre circonstance de « mauvaise foi et de fraude » (*op. cit.*, t. 1, p. 392). Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, l'acte du débiteur, par exemple le paiement qu'il a reçu, doit être annulé par cela seul que le tiers a connu la cessation des

Enfin, si nous considérons au point de vue de leurs effets les nullités de plein droit et les nullités du second ordre, nous trou-

paiements, pourvu que la masse prouve que l'acte lui porte préjudice (*op. cit.*, t. VI, n° 150, p. 324 et suiv.); je suis disposé à croire que tel est effectivement le sens de la loi. M. Bédarride professe, en réalité, la même doctrine, lorsqu'il dit : « Pour les paiements faits par le failli, la preuve de la « connaissance impose, non pas la simple faculté, mais l'obligation de les « frapper de nullité : en effet, ils emportent avec eux mêmes la certitude « d'un préjudice pour les créanciers, lesquels sont privés de la part contri- « butive qui leur était dévolue sur les sommes qui ont servi à les réaliser. « Pour les actes à titre onéreux, au contraire, leur existence n'est pas tou- « jours inconciliable avec l'absence complète de tout préjudice.... Ce qui doit « déterminer l'annulation, c'est le préjudice que les créanciers souffrent : « là où il n'en existe aucun, il serait par trop rigoureux de ne pouvoir « maintenir l'acte » (*op. cit.*, t. I, n° 119). Enfin cette idée paraît prévaloir de plus en plus dans la pratique, comme le prouvent les *considérants* que j'emprunte aux arrêts les plus récents :

« Attendu, dit la Cour de Lyon (4 février 1860), que l'art. 447 du Code « de commerce confère aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour « apprécier les circonstances dans lesquelles ont eu lieu les paiements dont « l'annulation est demandée ; qu'ainsi les juges ne doivent pas se borner « uniquement à constater le fait que le créancier connaissait la position du « débiteur; qu'il faut, de plus, qu'ils trouvent dans les faits de la cause les « raisons d'annuler les paiements qui ont eu lieu....; — Attendu qu'il est « démontré qu'aucuns des paiements faits par G. n'ont eu lieu pour étein- « dre une dette préexistante; qu'ils ont, au contraire, été le résultat d'opé- « rations commerciales continuées entre C. et G., dans un temps où celui- « ci n'avait pas cessé d'être à la tête de ses propres affaires; qu'enfin la « masse des créanciers de G. n'en a éprouvé aucun préjudice, puisque les « paiements faits ont eu pour cause déterminante la continuation de livrai- « sons de marchandises faites loyalement et qui ont augmenté l'avoir du « failli ; — Attendu que la conséquence directe du jugement dont est appel « serait de laisser à la masse des créanciers de G. les marchandises livrées « de bonne foi par C. et de faire rapporter par celui-ci le prix qu'il en a « reçu, ce qui blesserait à la fois le droit et l'équité..... » (Dev.-Car., 60, 2, 540).

« Attendu, dit de son côté la Cour d'Angers (25 avril 1861), que, si les « art. 447 et 449 ont confié aux juges l'appréciation des faits qui peuvent « déterminer l'annulation des paiements faits par un failli depuis la cessa- « tion de ses paiements, le magistrat doit en user avec la plus grande cir- « conspection et en respectant la règle de l'égalité entre les créanciers « d'une faillite; que cette mesure ne peut s'appliquer qu'en des cas excep- « tionnels, qui ne sont pas de l'espèce... » (Dev.-Car., 62, 2, 119).

« Attendu, dit enfin la Cour de cassation (24 décembre 1860), que du

verons entre elles une différence très-grave que je dois signaler, et en même temps une similitude. Les deux classes de nullités

« rapprochement et de la combinaison des art. 446 et 447 il résulte que, si « dans les cas prévus par le premier l'annulation des actes qu'il énumère « est obligatoire pour les tribunaux, elle est purement facultative pour les « actes et dans les cas prévus par le second ; — Qu'en déclarant que ces « derniers actes pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont traité « avec le débiteur, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses « paiements, la loi a voulu laisser au juge le pouvoir de les annuler ou de « les maintenir selon les circonstances, notamment la bonne ou mauvaise « foi qui y aura présidé et les conséquences qu'ils auront eues pour le dé- « biteur et ses créanciers... » (Dev.-Car., 61, 1, 538).

Ainsi, l'arrêt ou le jugement qui annule l'acte du débiteur par cela seul qu'il est prouvé que le tiers a eu connaissance de la cessation de ses paiements, cet arrêt ou ce jugement peut être cassé par la Cour suprême comme appliquant mal à propos l'art. 447. Lors, au contraire, que l'arrêt ou le jugement se fonde sur ce que le tiers a voulu absorber à son profit exclusif l'avoir du débiteur, l'annulation de l'acte échappe par là même à la censure de la Cour de cassation. Cette théorie paraît effectivement ressortir d'un arrêt de la Chambre des requêtes, du 17 avril 1861 (Dev.-Car., 61, 1, 609). Comp. un arrêt de la même Chambre, du 30 juillet 1850, aux termes duquel le tribunal ou la Cour qui annule un paiement peut se borner à déclarer que le créancier en le recevant connaissait la cessation de paiements du débiteur (Dev.-Car., 50, 1, 641).

— L'art. 447 serait-il encore applicable si le paiement avait été fait, non pas spontanément par le débiteur, mais à la suite d'une saisie pratiquée par le créancier? Oui : comme le dit très-bien M. Bédarride (n° 119 *quater*), « la cessation de paiements fixe la position des créanciers : dès qu'elle est « connue, elle crée un obstacle invincible à tous actes de nature à avanta- « ger l'un au détriment des autres. »

Spécialement en supposant le cas d'une saisie-arrêt, il faut d'abord voir si le jugement de validité est passé en force de chose jugée avant que le saisi n'ait été déclaré en faillite. En effet, pour employer les expressions mêmes de la Cour de cassation (arrêt de cassation, du 20 novembre 1860), les jugements qui prononcent un paiement à faire par un tiers n'ont de force à son égard, s'ils ne sont contradictoires et en dernier ressort, qu'après l'expiration des délais de l'opposition ou de l'appel ; le tiers-saisi, ne pouvant être contraint à vider ses mains en celles du saisissant avant que le jugement de validité soit ainsi passé en force de chose jugée, ne cesse pas jusque-là d'être débiteur du saisi ; et, dès que le jugement déclaratif de la faillite du saisi trouve la créance dans l'actif de celui-ci, il assure à tous les créanciers, qui, par l'effet de ce jugement déclaratif, ont aussi une main-mise sur tout l'actif du débiteur, le droit de venir en concours avec le saisissant sur les sommes saisies (Dev.-Car., 61, 1, 270). — Maintenant,

ont ceci de commun qu'elles peuvent être, les unes et les autres, invoquées contre les tiers-acquéreurs ou contre les cessionnaires de celui qui a reçu du débiteur ou qui a traité avec lui, — en

si, avant le jugement déclaratif de faillite, le jugement de validité étant passé en force de chose jugée, le tiers-saisi a payé entre les mains du saisissant, la masse de la faillite pourra encore faire annuler ce paiement, par application de notre art. 447. C'est ce que la Cour de Paris a décidé, le 18 août 1860 : « Considérant que, si le transport judiciaire protége le créancier saisissant et de bonne foi, dans les termes de l'art. 446 du Code de commerce, l'article suivant du même Code ne permet pas que le créancier, qui a procédé en connaissance de l'état d'insolvabilité et de cessation de paiements de son débiteur, obtienne dans aucun cas un privilége que repousse le principe de l'égalité de condition entre les créanciers en matière de faillite » (Dalloz, *Rec. pér.*, 1860, 5, 174).

— Toutes les fois qu'un paiement ou un acte à titre onéreux est annulé aux termes de l'art. 447, le tiers, obligé de rapporter à la masse ce qu'il a reçu, devra en rapporter aussi les intérêts ou les fruits à partir de la livraison à lui faite. C'est la conséquence nécessaire des art. 549, 550 et 1378 du Code Napoléon : en effet, si l'acte est annulé, c'est que le tiers n'était pas de bonne foi. — Au contraire, dans le cas de l'art. 446, le tiers qui par exemple a reçu une somme ou une chose à titre de donation a pu être de bonne foi : il ne devrait alors les intérêts ou les fruits que du jour de la demande. Les auteurs ne font pas cette distinction; mais elle me paraît commandée par les principes. Voy. MM. Renouard (t. 1, p. 392), Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 321), Alauzet (t. IV, n° 1700).

— On s'est demandé si les *actes à titre onéreux* dont parle l'art. 447 comprennent *le partage* auquel un commerçant aurait participé depuis la cessation de ses paiements. La Cour de Colmar (arrêt du 19 janvier 1856) décide qu'il est évident que les art. 446 et 447 ne sauraient s'appliquer aux partages et liquidations, lorsque d'ailleurs les actes qui les opèrent sont réguliers, sérieux et sincères. « En effet, dit la Cour, en matière de partage, les contractants, ou plutôt les co-partageants, ne sont point, à l'égard les uns des autres, des créanciers et des débiteurs, mais des communistes ou co-propriétaires des choses à partager; ils ne sont tenus ou liés, les uns envers les autres, par aucune convention ou lien contractuel; ils ne tirent leurs droits respectifs d'aucun engagement pris ou consenti, mais les puisent dans leur qualité d'héritiers, qu'ils tiennent soit de la loi, soit d'une institution faite par un tiers, droits remontant au jour de l'ouverture et se rattachant à la personne dont l'hérédité est à liquider; — Enfin, l'effet du partage étant purement déclaratif et non attributif de propriété, il ne s'opère ni transmission, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ni paiement ou dation en paiement, conditions exigées par les art. 446 et 447, quel qu'ait été d'ailleurs le mode de partage qu'il a convenu aux parties d'adopter, qu'il se soit fait par attribution ou par lotis-

un mot, contre des ayants-cause à titre particulier. Mais, quand il s'agira d'une nullité du second ordre, il faudra prouver contre l'ayant-cause, comme il faudrait prouver contre son au-

« sement, — sauf toutefois la simulation ou la fraude... » (Dev.-Car., 56, 2, 392).

M. Bédarride (t. I, n° 120 *bis*) approuve cet arrêt : le principe que le partage est déclaratif lui paraît péremptoire pour exclure l'application de l'art. 447. Du reste, M. Bédarride se contredit lui-même de la manière la plus complète. Il commence par affirmer qu'en fait le partage ne peut pas nuire à la masse : « La nullité facultative que consacre l'art. 447 puise son « fondement unique, ou dans la violation du principe d'égalité, ou dans « l'atteinte que l'acte attaqué porte à l'actif. Or, les communistes, qui n'é- « taient pas, qui n'ont jamais été créanciers du failli, restaient forcément « en dehors des effets de la faillite : ils n'ont reçu dans le partage que ce « que la masse elle-même eût été obligée de leur donner. Elle serait donc « mal venue à parler d'une égalité qui était impossible. — D'autre part, « le gage des créanciers n'a pas été diminué. Si la cessation de l'indivision « a privé le failli de tous droits sur les lots de ses co-partageants, elle lui « a conféré la propriété exclusive des choses tombées dans le sien : il a « donc reçu l'équivalent de ce qu'il a donné. Où serait, dès lors, pour la « masse, le préjudice auquel l'art. 447 a voulu la soustraire? » Evidemment cette dernière observation pourrait être faite avec autant de justesse relativement à tous les actes à titre onéreux, et alors on ne voit plus à quoi il sera permis d'appliquer l'art. 447. Mais M. Bédarride lui-même s'empresse de la réfuter, en ajoutant, dix lignes plus bas : « Vainement les créanciers « exciperaient-ils d'un préjudice, vainement le justifieraient-ils... : le par- « tage serait maintenu, quelque préjudiciable qu'il pût être pour les créan- « ciers. »

En somme, le partage peut être fait de manière à nuire aux créanciers du co-partageant qui a cessé ses paiements, tout comme une vente peut être faite de manière à nuire aux créanciers du vendeur. Cela est évident (voy. M. Demolombe, *Successions*, t. V, n° 225). De plus, la circonstance que le partage est déclaratif n'empêche pas qu'il ne soit un acte à titre onéreux. Il semble donc que l'art. 447, et d'après son esprit et d'après son texte, s'applique au partage comme à tous les actes non compris dans la disposition de l'art. 446. La transaction, aussi elle, est déclarative et non pas attributive, en ce qui concerne les objets litigieux; et cependant on n'oserait pas sans doute dire que la transaction faite par le commerçant qui avait cessé ses paiements doit rester en dehors de l'application de l'art. 447. En conséquence, n'était la disposition de l'art. 882 *in fine* du Code Napoléon, je n'hésiterais pas à déclarer applicable au partage notre art. 447. Même au point de vue du droit civil pur, on discute sur la portée de cet art. 882 *in fine*. J'admets qu'il signifie qu'en principe un partage consommé ne peut pas être attaqué par les créanciers d'un co-partageant comme

teur, qu'il a eu connaissance de la cessation des paiements : car c'est à cette connaissance que la nullité est subordonnée, et cette connaissance doit être considérée dans la personne de celui contre qui la nullité est demandée. Il n'y a pas ici, à proprement parler, de rescision ; il y a simplement une nullité, prononcée pour réparation du tort causé à la masse, pour infraction commise sciemment à la règle de l'égalité (1). Mais, lorsqu'il s'agira des nullités de plein droit et que l'action sera intentée contre un cessionnaire, contre un ayant-cause du premier con-

ayant été fait en fraude de leurs droits, qu'ainsi il contient une dérogation à la règle de l'art. 1167, dérogation indiquée dans ce dernier article lui-même (voy. M. Demolombe, *Successions*, t. v, nº 241). Reste à savoir si la dérogation faite à la règle de l'art. 1167 doit être considérée comme faite aussi à la règle (règle différente, nous le savons) de l'art. 447. Je suis disposé à répondre négativement. D'une part, les tribunaux n'annuleront le partage qu'autant qu'il leur sera démontré que les autres co-partageants ont connu la cessation des paiements, et que le partage a été fait de telle manière qu'il en résulte un préjudice pour la masse de la faillite : ainsi les co-partageants ne seront atteints que dans un cas où ils méritent réellement peu d'intérêt : connaissant la cessation de paiements de leur co-propriétaire, ils devaient appeler ses créanciers à figurer aux opérations du partage. D'autre part, les créanciers de celui qui a cessé ses paiements ne forment pas encore une masse dont l'intérêt collectif soit défendu par un agent spécial ; ces créanciers sont souvent très-nombreux, et parmi eux il en est beaucoup qui peuvent ignorer la situation de leur débiteur et qui n'auront même pas l'idée de former opposition au partage : de même que la loi commerciale protége en général les créanciers en leur donnant mieux que le bénéfice de l'art. 1167 du Code Napoléon, de même on comprend que, dans le cas spécial où ils sont lésés par un partage, elle ne les soumette pas à l'application de l'art. 882 du même Code.

(1) J'admets sans difficulté la doctrine indiquée par M. Bravard, toutes les fois que l'ayant-cause de celui qui a traité avec le commerçant en état de cessation de paiements est un *ayant-cause à titre onéreux*. Je ne puis plus l'admettre vis à vis d'un *ayant-cause à titre gratuit*, et, du reste, il est probable que M. Bravard lui-même n'a pas voulu l'appliquer à cette dernière hypothèse. Ainsi le commerçant a vendu son immeuble à Paul ; Paul connaissait la cessation de paiements de son vendeur, et la vente est préjudiciable aux créanciers de celui-ci ; Paul donne l'immeuble à Pierre : la masse de la faillite reprendra l'immeuble entre les mains de Pierre, sans avoir besoin de prouver qu'il était au courant de la situation. C'est une règle analogue à celle qu'on devrait suivre s'il s'agissait de l'application de l'art. 1167 du Code Napoléon.

tractant, faudra-t-il, si ce tiers cessionnaire ou acquéreur a reçu à titre onéreux, prouver qu'il avait personnellement connaissance de la cessation des paiements, tandis qu'on n'aurait pas cette preuve à faire contre le premier contractant, qui a reçu, je le suppose, à titre gratuit? Il peut y avoir doute à cet égard : car la position du tiers est favorable, surtout si son auteur est insolvable, puisque alors le tiers combat pour ne pas perdre. Néanmoins, je crois qu'il y aura nullité de plein droit, aussi bien contre le cessionnaire du premier contractant que contre ce contractant lui-même, et que les demandeurs en nullité ne seront nullement tenus de prouver que le tiers était de mauvaise foi. En effet, l'art. 446 déclare nuls et sans effets à l'égard de la masse les actes qu'il énumère. Ces actes sont donc rescindés : ils n'ont donc jamais eu d'existence légale. Ils sont considérés comme non avenus : celui qui a traité avec le débiteur, est réputé n'avoir eu jamais aucun droit, et n'a pu dès lors en transmettre aucun à son cessionnaire. En un mot, la nullité est *in rem* et non *in personam :* elle frappe l'acte lui-même, abstraction faite des personnes (1).

En définitive, les nullités de plein droit diffèrent des nullités du second ordre : 1° quant au nombre et à la nature des actes auxquels elles s'appliquent; 2° quant aux conditions auxquelles elles sont soumises, notamment quant à l'époque à laquelle les actes doivent avoir été faits; 3° quant au pouvoir que la loi a laissé aux juges; 4° enfin, quant aux conséquences qu'elles entraînent (2).

(1) Il y a un cas où la masse de la faillite devrait certainement prouver la mauvaise foi du tiers cessionnaire; c'est le cas où il s'agit d'un meuble corporel. Le tiers à qui ce meuble a été vendu et livré par celui qui l'avait reçu du commerçant aujourd'hui en faillite pourra invoquer la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre,* tant qu'il n'aura pas été démontré contre lui qu'il connaissait l'origine de l'objet. En dehors de ce cas, je suis disposé à suivre l'opinion de M. Bravard. L'art. 446 déclarant nuls et sans effet à l'égard de la masse les actes qu'il énumère, c'est comme s'ils émanaient d'un *non dominus.*

(2) La nullité de plein droit, aux termes de l'art. 446, n'existe que *rela-*

Avant de passer à un troisième ordre de nullités, qui complète le système de la législation en cette matière (voy. l'art. 448), j'ai d'abord à expliquer un cas particulier, qui se rattache tout à la fois à la lettre de change (ou au billet à ordre) et à la faillite, et qui est régi par les principes de l'une et de l'autre. Je veux parler du cas où un effet de commerce, soit une lettre de change, soit un billet à ordre, a été acquitté par le tiré ou par le souscripteur, à l'échéance, mais après la cessation de ses paiements. Le porteur, en cas pareil, sera-t-il dans la nécessité de rapporter à la masse de la faillite ce qu'il aura reçu?

L'ancien texte du Code et la législation antérieure ne faisaient aucune différence, à cet égard, entre le porteur d'un effet de commerce et tout autre créancier. Il semble, au premier abord, que cela était conforme au principe de l'égalité. En effet, pourquoi le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre serait-il traité plus favorablement que le vendeur, par exemple? Or, le vendeur, en principe, serait bien obligé de rapporter à la masse le prix qu'il aurait reçu, quand même l'objet par lui vendu se trouverait encore en nature dans l'actif de la faillite (1).

tivement à la masse ; l'art. 447 ne dit rien de semblable. Mais évidemment les nullités du second ordre ne diffèrent point, sous ce rapport, des nullités de l'art. 446 : la différence ne pourrait pas s'expliquer. L'art. 447, pas plus que l'art. 446, n'a été fait dans l'intérêt du failli. C'est ce que présuppose un arrêt rendu dans un cas où il y avait concordat par abandon : le syndic, après ce concordat, pouvait-il encore poursuivre la nullité du paiement reçu par un créancier qui connaissait l'état de cessation de paiements du débiteur? Oui, dit la Cour de Rennes (arrêt du 29 janvier 1861) : « En effet, le concordat par abandon diffère essentiellement du concordat « ordinaire : loin de replacer le failli à la tête de l'administration de ses « biens, ce concordat le dessaisit de son actif, pour le faire passer aux « mains de ses créanciers... Le rapport, demandé, avant comme depuis le « concordat, au nom et dans l'intérêt de la masse, n'a jamais pu profiter « qu'à elle, puisque la somme à rapporter a toujours dû être encaissée par « le syndic, pour ensuite être répartie entre ceux-là seuls qui composent la « masse... » (Dev.-Car., 61, 2, 245). Comp. M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n^os^ 325 et suiv., et M. Alauzet, t. IV, n^os^ 1700 *in fine* et 1701.

(1) Ayant ainsi rapporté, ce vendeur viendrait ensuite au marc le franc : car, aux termes de l'art. 550, le vendeur d'effets mobiliers n'a point de privilége en cas de faillite de l'acheteur.

Certes, si l'on faisait dépendre la question du degré de faveur que mérite tel ou tel créancier, il serait impossible d'accorder au porteur d'un effet de commerce la préférence sur le vendeur. Aussi est-ce là précisément la considération qu'on a fait valoir contre la proposition d'affranchir les porteurs d'effets de commerce des nullités subordonnées à la connaissance de la cessation des paiements.

Mais il y avait, en réalité, dans l'assimilation qu'on voulait faire, et que l'ancien texte du Code de commerce avait faite, des porteurs d'effets de commerce avec les autres créanciers, une confusion d'idées, un oubli des conditions inhérentes à ces deux natures de titres. Cette assimilation, conforme, en apparence, au principe de l'égalité, y était en réalité diamétralement contraire. En effet, annuler le paiement fait à un créancier ordinaire, c'est simplement le mettre dans la même position que si le paiement n'avait pas été fait, l'assujettir, comme les autres, à la loi du dividende. Mais annuler le paiement fait au porteur d'un effet de commerce, d'une lettre de change, par exemple, ce serait mettre ce porteur dans une position pire que si le paiement n'avait pas eu lieu : car il ne peut conserver son recours contre ses garants qu'autant qu'il a fait un protêt le lendemain de l'échéance (1); or, ce protêt s'est trouvé de fait impossible, puisque le paiement a eu lieu.

Dès lors il fallait nécessairement, pour se conformer au principe de l'égalité, ou bien affranchir le porteur de l'obligation de rapporter la somme par lui reçue, ou bien lui rendre son action en recours contre ses garants. Mais cette action en recours, pouvait-on la lui rendre? Non : car c'eût été prolonger indéfiniment une responsabilité qui a été restreinte, et restreinte par d'excellentes raisons, à une durée très-courte (2). D'ailleurs, eût-on voulu passer par-dessus cette difficulté, on se serait trouvé en présence d'une autre qui, elle, serait véritablement insurmon-

(1) Voy. les art. 162, 163 et 168 du Code de commerce.
(2) Voy. l'art. 165.

table : on aurait eu beau rendre au porteur son action, on ne l'aurait pas replacé dans la position où il se serait trouvé si le paiement lui avait été refusé. En effet, dans l'intervalle du paiement à l'exercice de l'action qu'on aurait rendue au porteur, que de changements n'aurait-il pas pu survenir dans la situation de ses garants? Leur solvabilité est essentiellement variable : elle existait peut-être à l'échéance, elle n'existe plus aujourd'hui (1).

On était donc forcément amené à cette conséquence, qu'il faut, par respect pour le principe même de l'égalité sainement entendu, dispenser les porteurs d'effets de commerce de toute obligation de rapporter les sommes qui leur auraient été payées, alors même qu'ils auraient eu connaissance de la cessation des paiements. C'est aussi ce qu'ont très-sagement fait les auteurs de la nouvelle loi par l'art. 449 (2).

(1) Cette observation bien simple a complétement échappé a M. Massé, car il s'exprime ainsi : « Le tiers-porteur, qui est payé et qui ne peut par « conséquent protester, ne doit pas être privé à la fois et de son recours « contre les précédents endosseurs, et de la somme qu'il a reçue et qu'il « ne pouvait pas se dispenser de recevoir. Mais peut-être y avait-il, pour « arriver à le rétablir dans une position normale, un meilleur moyen que « celui auquel on a cru devoir s'arrêter : c'était de décider que le juge- « ment qui aurait condamné un tiers-porteur à rembourser, pour avoir « reçu lorsqu'il avait connaissance de la cessation de paiements, lui tien- « drait lieu de protêt pour recourir contre ses garants. Par ce moyen, on « aurait accordé aux tiers-porteurs et à la masse tout ce à quoi ils avaient « légitimement droit... » (*op. cit.*, t. II, n° 1228). — Cette idée irréfléchie est reproduite par MM. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 338, et Alauzet, t. IV, n° 1704.

(2) Cette dispense accordée aux porteurs d'effets de commerce n'existait ni dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834, ni dans celui de la première Commission de la Chambre des députés. Elle fut formulée pour la première fois, le 9 février 1835, dans un amendement de M. Jacques Lefebvre. Et voici comment s'exprimait l'auteur de l'amendement : « M. le « garde des sceaux a fait cette supposition : Des lettres de change ont été « protestées hier, des lettres de change ont été protestées avant-hier; au- « jourd'hui un autre porteur se présente, il est payé. M. le garde des « sceaux a signalé une semblable position comme indiquant la mauvaise « foi. Il serait possible que les tribunaux de commerce, adoptant la ma- « nière de voir de M. le garde des sceaux, déclarassent qu'en pareil cas il

Mais la faillite du tiré qui a fait le paiement n'aura-t-elle le droit de demander à personne le rapport de la somme payée au porteur? Les auteurs de la nouvelle loi ont décidé, par ce même

« y a mauvaise foi. Quelle serait alors la condition du porteur, qui aurait « cependant reçu à l'échéance? Il se serait démuni du titre, il aurait reçu « le paiement parce qu'il ne pouvait pas le refuser, et il lui aurait été im- « possible de faire un protêt. Hé bien! en vertu de la loi que vous faites, « il rapporterait la somme reçue, sans pouvoir recourir contre les obligés « antérieurs. C'est cet inconvénient très-grave, c'est cette injustice, que « mon amendement a pour objet de prévenir. » L'amendement dont il s'agit ne fut adopté qu'après une discussion de plusieurs jours, *l'une des plus confuses et des plus embarrassées dont l'histoire de nos débats parlementaires fournisse l'exemple* (expressions de M. Bravard, dans son *Examen comparatif*, p. 69). Dans le premier projet voté par la Chambre des députés, la disposition qui nous occupe formait les §§ 3 et 4 de l'art. 444.

Il serait possible que le porteur d'un effet de commerce, ayant éprouvé un refus de paiement le jour de l'échéance, eût fait faire un protêt le lendemain et eût été payé quelques jours après. On a prétendu, en se fondant sur les paroles de M. Jacques Lefebvre et de plusieurs autres personnes qui ont pris part à la discussion de la loi, que, dans un cas de ce genre, l'art. 449 cesse d'être applicable et qu'il faut en revenir à la règle générale de l'art. 447; mais cette prétention est contraire au texte et à l'esprit de la loi. En effet, comme le dit la Cour de Riom (arrêt du 8 janvier 1855), « d'abord les termes prohibitifs de l'art. 449 s'opposent par eux-mêmes à « toute distinction; et, au surplus, lors même qu'on aurait à rechercher « l'intention des auteurs de cet article, on trouverait, dans la discussion « qui précéda l'adoption de la loi de 1838, que des systèmes alors produits « les Chambres voulurent adopter celui qui, pour faciliter la circulation « des effets de commerce, consacrait que tout paiement fait à un tiers- « porteur est valable. » Le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 26 novembre 1855 (Dev.-Car., 56, 1, 345).

En s'attachant à cette idée que le but principal de l'art. 449 est de faciliter la circulation des effets de commerce, il faut encore aller plus loin. Supposons que le porteur, non payé par le tiré à l'échéance, a recouru contre le tireur et a reçu de lui son paiement; le tireur était en état de cessation de paiements, et le porteur connaissait cette circonstance: faudra-t-il appliquer l'art. 447 et dire que la faillite du tireur peut faire annuler le paiement reçu par le porteur? ne faudra-t-il pas plutôt appliquer l'art. 449, et dire que l'action en rapport ne peut jamais être intentée contre le porteur qui a reçu le montant de la lettre de change? Je conviens que l'attention des rédacteurs de l'art. 449 paraît s'être fixée particulièrement sur le cas où c'est par le tiré et après la cessation de ses paiements que la

art. 449, que le rapport pourrait être demandé au tireur, qui est censé avoir touché la somme par les mains du porteur, son mandataire, et qui, d'ailleurs, si la somme n'avait pas été payée par le tiré, aurait été soumis à un recours de la part du porteur (1).

Maintenant, à quelle condition le tireur sera-t-il tenu de rapporter la somme reçue par le porteur? A la condition qu'il aura connu la cessation des paiements du tiré. Dans la discussion, on avait soutenu que le tireur devait être réputé connaître cette cessation de paiements par cela seul que le porteur la connaissait. Mais c'était perdre de vue que la bonne ou la mauvaise foi est essentiellement relative et personnelle (2); par conséquent,

lettre de change a été acquittée. Mais le texte de l'article ne distingue point suivant que le paiement émane de telle ou telle personne : le texte comprend tous les cas où une lettre de change a été acquittée par une personne qui était en état de cessation de paiements. Et le texte décide que l'action en rapport ne peut être intentée que contre celui pour compte duquel la lettre de change a été fournie, ce qui est bien dire que l'action dont il s'agit ne peut jamais être intentée contre le porteur. Enfin, si réellement le but principal du législateur quand il a fait l'art. 449 a été de favoriser la circulation des lettres de change en mettant à l'abri de tout recours le porteur qui a reçu son paiement à l'échéance, il est clair que, pour nous conformer à la pensée de la loi, nous ne devons pas distinguer suivant que le paiement a été fait par le tiré ou par le tireur. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt du 16 juin 1846 (Dev.-Car., 46, 1, 523).

(1) Voici comment s'exprimait l'amendement de M. Jacques Lefebvre, devenu le 3e alinéa de l'art. 444 du projet voté en 1835 par la Chambre des députés : « Dans le cas où il y aurait lieu à rapport pour des lettres de « change échues entre l'ouverture de la faillite et le jugement qui la dé- « clare, l'action en rapport ne pourra être intentée que contre celui pour « le compte duquel la lettre de change a été fournie. » — La rédaction définitive est un peu différente. Le 1er alinéa du nouvel art. 449 est ainsi conçu : « Dans le cas où les lettres de change auraient été payées après « l'époque fixée comme étant celle de la cessation de paiements et avant « le jugement déclaratif de faillite, l'action en rapport ne pourra être in- « tentée que contre celui pour compte duquel la lettre de change aura été « fournie. »

(2) A cette occasion, M. Bravard remarque très-justement (*Examen comparatif*, p. 72) qu'en droit romain, où il était permis d'acquérir la possession par un mandataire, on n'en décidait pas moins que l'usucapion ne courait au profit du mandant qu'autant qu'il avait eu personnellement

qu'elle devait être envisagée dans la personne de celui qu'il s'agit de soumettre au rapport ou d'en dispenser. C'est aussi en ce sens que la question fut, en définitive, résolue. Le nouvel art. 449, dans son dernier alinéa, dit formellement que : « La « preuve que celui à qui on demande le rapport avait connais- « sance de la cessation de paiements...., devra être fournie » (1).

Il restait un troisième point à régler, et je crains que la nouvelle loi ne l'ait pas réglé aussi heureusement que les deux premiers. A quel moment faudra-t-il que le tireur ait connu la cessation des paiements? Au moment du paiement, ou au moment de l'émission du titre? Il semble que ce devait être au moment du paiement : car il s'agit d'une obligation qui naît du paiement, qui naît des circonstances dans lesquelles il est fait. Mais les auteurs de la nouvelle loi ont été frappés d'une autre considération, vraie en elle-même, savoir, que les obligations du tireur doivent être fixées au moment où il crée le titre et le remet au preneur. Le titre, une fois mis en circulation, ne dépend plus du tireur, qui y devient en quelque sorte étranger. Les auteurs de la nouvelle loi ont conclu de là que c'était au moment de l'émission du titre qu'il fallait se reporter pour apprécier si le tireur était de bonne ou de mauvaise foi ; qu'il fallait, pour être soumis au rapport, qu'à ce moment le tireur eût connu la cessation des paiements du tiré (2). Mais on peut faire deux objections contre cette disposition :

connaissance de la prise de possession qui avait eu lieu en son nom, parce que jusque-là il ne pouvait y avoir ni bonne ni mauvaise foi de sa part. Voy. Papinien, L. 49 § 2, Dig., *De adquir. vel amitt. poss.*; Sévère et Antonin, L. 1, Code, *De adquir. poss.*

(1) L'amendement de M. Jacques Lefebvre et le premier projet voté par la Chambre des députés étaient muets sur la question de savoir si, pour pouvoir exiger le rapport du tireur, il fallait prouver qu'il avait connu la cessation de paiements du tiré.

(2) « Le tireur n'est soumis au rapport que dans le cas où il a eu con- « naissance de la cessation de paiements. Le projet laisse indécise la ques- « tion de savoir à quelle époque cette connaissance doit avoir eu lieu « pour obliger au rapport. Votre Commission a pensé que cette époque, « qu'il faut préciser, est celle de l'émission du titre : le tireur n'est plus

1° Elle s'applique, non-seulement au cas où la lettre de change a été tirée pour le compte du tireur lui-même, mais encore au cas où elle l'a été pour le compte d'un tiers. L'article dit que l'action en rapport ne pourra être intentée que *contre celui pour compte duquel la lettre de change aura été fournie*, expressions qui comprennent ces deux cas. Or, quand la lettre a été tirée pour le compte du tireur, on peut, il est vrai, admettre avec une certaine apparence de raison que c'est le moment de l'émission qu'il faut considérer pour apprécier sa bonne ou sa mauvaise foi, parce que cette émission est son fait personnel et que c'est de là que dérivent ses obligations. Mais quand il s'agit d'une lettre tirée pour compte, ce n'est pas le tireur qui est soumis au rapport, c'est le donneur d'ordre, attendu que, vis à vis du tiré, c'est le donneur d'ordre qui est le véritable auteur de l'opération, le mandant; le tireur n'est que son mandataire (1). Cela est parfaitement exact. Maintenant, à quel moment faudra-t-il considérer si le donneur d'ordre est de bonne ou de mauvaise foi? Au moment de l'émission du titre, dit l'article. Et cependant cette émission n'est pas le fait personnel du donneur d'ordre : il donne à un de ses correspondants l'ordre de tirer la lettre, mais il ignore souvent quel jour cet ordre pourra être exécuté, à quel moment la lettre sera tirée. L'émission du titre n'est pas son fait personnel, elle est celui du tireur pour compte. C'est pourtant ce fait du tireur pour compte, ce n'est point celui du donneur d'ordre, c'est-à-dire la dation du mandat, qui fixera l'époque à laquelle il faudra examiner la bonne ou la mauvaise foi du donneur d'ordre. Il y a donc là une sorte d'incohérence, d'anomalie (2).

« maître de ce qui arrive après, et ne doit point être responsable de ce « qu'il ne peut empêcher » (*Rapport de M. Quenault, au nom de la 2e Commission de la Chambre des députés*).

(1) L'art. 115 *in fine*, modifié par la loi du 19 mars 1817, se réfère à cette idée.

(2) Si l'on prouve que le donneur d'ordre connaissait déjà la cessation de paiements de Paul au moment où il a chargé son correspondant de tirer sur Paul, il n'y a aucun inconvénient, aucune injustice, à le soumettre au

2° On peut faire une objection plus grave à la disposition qui veut qu'on examine la bonne ou la mauvaise foi du tireur ou du donneur d'ordre, au moment de l'émission du titre. Cette disposition suppose un concours de circonstances qui ne se rencontreront peut-être jamais, et, dès lors, l'action en rapport n'existera peut-être qu'en théorie, non en pratique. En effet, pour qu'elle eût lieu, il faudrait d'abord que le tireur eût connaissance de la cessation des paiements, au moment où il a créé la lettre de change; mais alors on comprend difficilement qu'il ait émis une lettre de change, au non-paiement de laquelle il devait bien s'attendre. Il faudra, de plus, qu'il ait trouvé un preneur pour cette lettre de change. Il faudra, enfin, que, contre toutes les prévisions, le tiré, qui depuis longtemps déjà quand arrive l'échéance était en état de cessation de paiements, ait payé au porteur le montant de la lettre de change. Or, toutes ces circonstances, dont la réunion est nécessaire pour justifier l'action en rapport, ne se rencontreront, on peut le dire, jamais.

En définitive, le législateur aurait dû, ou ne pas admettre l'action en rapport contre le tireur ou le donneur d'ordre, ou ne la faire dépendre que de leur bonne ou de leur mauvaise foi au moment du paiement (1).

— Maintenant, supposons qu'il s'agit d'un billet à ordre. Le premier endosseur de ce billet est, à l'égard du porteur et du souscripteur, dans la même position où se trouve, à l'égard du porteur et du tiré, le tireur de la lettre de change, qui a fait provision. Si le tiré ne paie pas à l'échéance, le porteur aura un recours contre le tireur, et le tireur en aura un contre le tiré; ce qui est vrai de ce tireur est également vrai du premier endosseur du billet à ordre. Dès lors, le nouvel art. 449 ad-

rapport. Mais si on prouve seulement que le donneur d'ordre a connu cette cessation de paiements à l'instant où son ordre a été exécuté, de sorte qu'il ne la connaissait peut-être pas encore quand il l'a donné, il est tout au moins bien dur de le soumettre au rapport.

(1) Ces deux partis, à mon sens, auraient eu au moins autant d'inconvénients que celui auquel s'est arrêté le législateur.

mettant l'action en rapport contre le premier endosseur du billet à ordre (1), et ne distinguant pas, à l'égard du tireur, entre le cas où il a fait et le cas où il n'a pas fait provision, il s'ensuit que le tireur serait soumis à l'obligation du rapport lors même qu'il aurait fourni la provision, sauf à réclamer un dividende pour le montant de la provision ; et que, de même, le premier endosseur doit rapporter à la faillite du souscripteur la somme reçue par le porteur, sauf à se présenter ensuite dans cette faillite comme créancier du billet.

Les choses doivent être remises, à l'égard du tireur de la lettre de change et du premier endosseur du billet à ordre, au même état que s'il n'y avait pas eu de paiement. Le tireur rapportera donc la somme qui a été payée au porteur, et il exercera ses droits quant à la provision : il aura droit ou à un simple dividende, ou à la restitution des objets qui la composent (2). De même, le paiement étant considéré comme non-avenu à l'égard du premier endosseur, il sera tenu de rapporter à la faillite du souscripteur la somme que celui-ci a payée au porteur, et il exercera ses droits comme porteur du billet ; en un mot, il se trouvera dans la même position où il serait s'il n'avait pas endossé le billet (3).

(1) « S'il s'agit d'un billet à ordre, l'action ne pourra être exercée que contre le premier endosseur » (art. 449, 2e alinéa).

(2) *Simple dividende*, si la provision consiste en une créance du tireur sur le tiré ; *restitution des objets*, si elle consiste en des choses corporelles qui ont été livrées au tiré, mais sans que le tiré en soit devenu propriétaire.

(3) Si le bénéficiaire du billet à ordre ne l'avait pas endossé, mais que lui-même en eût touché le montant à l'échéance, après la cessation de paiements du souscripteur, il faut dire, conformément à l'esprit de la loi, que l'action en rapport pourrait être intentée contre lui : la faillite du souscripteur invoquerait, non l'art. 449, mais l'art. 447. — Il est bien entendu aussi que, dans l'art. 449, les mots *premier endosseur* désignent celui qui le premier a cédé le titre et en a touché le prix. Si donc la personne de qui l'endossement figure d'abord sur le titre n'était en réalité qu'une caution solidaire du souscripteur, ce n'est point contre cette personne que l'action en rapport pourrait être exercée. — La Cour d'Angers s'est prononcée sur ces deux questions, et les a résolues dans le sens qui vient

Tel est le système de la nouvelle loi; et c'est sans doute parce qu'elle considère le tireur ou le premier endosseur comme tenu de rapporter à la masse la somme qu'il a reçue de son propre cessionnaire, qu'elle exige pour cela qu'il ait connu la cessation des paiements du tiré ou du souscripteur, *au moment de l'émission du titre.*

Ce mot *émission* est clair quand il s'agit d'une lettre de change : la lettre de change est émise par le tireur au moment où elle est remise au preneur qui lui en fournit la valeur (1). Mais quel est le véritable sens du mot *émission* quand il s'agit d'un billet à ordre? Désigne-t-il le moment où le billet est souscrit, ou bien celui où il est endossé? Je crois que c'est le moment où il est endossé : car l'art. 449 dit qu'il faudra fournir la preuve que la personne à qui on demande le rapport avait connaissance de la cessation des paiements à l'époque de l'émission du titre, c'est-à-dire au moment de l'émission faite par cette personne. Or, si le billet est émis par le souscripteur au moment où il le souscrit, il n'est émis par le premier endosseur qu'au moment où il l'endosse; c'est à ce moment seulement qu'il en reçoit la valeur, valeur qu'il four-

d'être indiqué, par un arrêt du 25 avril 1861, dont voici les principaux *considérants :*

« Attendu que le tribunal de commerce d'Angers, faisant application à la « cause de l'art. 449 du Code de commerce, a repoussé la demande du « syndic contre E. et C., par une fin de non-recevoir tirée du § 2 de cet arti- « cle, qui décide que l'action en rapport ne pourra être exercée que contre « le premier endosseur, lequel dans l'espèce serait Simonnet père ;—Attendu « que les premiers juges, au lieu de s'en tenir à la lettre de la loi, auraient « dû rechercher son esprit, et, en même temps, appréciant les faits, voir « dans l'ordre réel de la création de ces effets et dans leur transmission « quel est le premier bénéficiaire au profit duquel ils ont été faits....; — « Attendu que, soit que Simonnet ait agi pour l'exécution de la garantie « qu'il avait donnée antérieurement, soit qu'il ait voulu soutenir le crédit « de son fils par ces billets, Simonnet n'y figure réellement que comme « caution solidaire; que le véritable bénéficiaire, le premier endosseur « dans le sens de l'art. 449, est E. et C.; que la forme des billets ne change « rien aux positions respectives des signataires, parfaitement accusées par « les faits constants de la cause... » (Dev.-Car., 62, 2, 119).

(1) Lors même qu'elle aurait déjà été acceptée auparavant par le tiré.

nit, au contraire, quand le billet est souscrit à son nom. C'est au moment où intervient son fait personnel qu'on doit considérer sa bonne ou sa mauvaise foi.

Le mot *émission du titre* est donc équivoque, et la disposition de la nouvelle loi manque de clarté, du moins en ce qui concerne le billet à ordre. Cette disposition me paraît d'ailleurs peu rationnelle en tant qu'elle s'attache à l'émission du titre.

Il résulte encore de ces notions que le billet doit être considéré comme appartenant désormais au premier endosseur qui en a rapporté le montant, et que ce premier endosseur pourra figurer dans les opérations de la faillite comme créancier du billet.

En somme, on voit combien la disposition du nouvel art. 449 laisse à désirer, soit dans sa rédaction qui est trop peu explicite, soit en elle-même (1).

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. VI, nos 151 et suiv.) professent, à propos de *la disposition pénultième de l'art.* 446, *combinée avec l'art.* 449, certaines idées qui me paraissent absolument inadmissibles :

1° Suivant eux, lorsque l'art. 446 parle de *paiement en effets de commerce*, cela s'applique à tous titres qui se transmettent par la voie de l'ordre, soit que le débiteur les eût déjà dans son portefeuille, soit qu'il les confectionne lui-même, *verbi gratiâ* en créant un billet à ordre ou en faisant traite sur un tiers. Mais évidemment, dans le cas où, devant 1,000 fr. à Paul, je souscris à son ordre et je lui remets un billet de pareille somme, il n'y a pas un paiement, il y a un certain mode de constatation de ma dette. De même, lorsque je tire à l'ordre de mon créancier une lettre de change sur mon débiteur, ce n'est pas un paiement que je fais, c'est une sorte de délégation imparfaite. Voy., ci-dessus, p. 229, note. Du reste, si j'étais en état de cessation de paiements et que mon créancier en eût connaissance au moment où j'ai créé à son profit le titre dont il s'agit, ma faillite pourra invoquer contre lui l'art. 449 dans le premier cas, l'art. 447 dans le deuxième, c'est-à-dire lui demander le rapport de la somme pour laquelle il a endossé le billet à ordre ou faire annuler la délégation que je lui ai consentie.

2° MM. Delamarre et Lepoitvin supposent que, débiteur envers Paul pour des marchandises qu'il m'a vendues et livrées, j'ai réglé en souscrivant à son ordre, le 1er septembre, un billet payable le 1er octobre suivant; j'ai payé, le 1er octobre, ce billet que Paul avait gardé en portefeuille; j'étais déjà en état de cessation de paiements le 1er septembre, mais Paul n'en a été instruit que peu de temps avant de recevoir son paiement. Ma faillite pourra-t-elle exiger le rapport de la somme ainsi touchée par Paul? Non,

3° *Nullité des inscriptions.*

Je passe à un troisième ordre de nullités.

Les nullités dont il s'agit ont été introduites dans la législation par les auteurs de la loi de 1838. Elles s'appliquent à certaines formalités qui, en elles-mêmes, n'offrent point d'utilité aux créanciers, mais qui sont nécessaires pour vivifier un droit préexistant, droit qui sans ces formalités ne produirait aucun

disent MM. Delamarre et Lepoitvin : « ce n'est pas lorsqu'il encaisse que « le créancier reçoit paiement, la loi le répute payé dès l'instant même où « il a reçu l'effet : la disposition finale de l'art. 449 ne laisse aucun doute à « cet égard. » Il y a dans ce peu de mots une fausse application des termes employés par l'art. 446 : je l'ai déjà démontré. Il y a, de plus, une interprétation erronée de l'art. 449 : car cet article, comme nous l'avons vu, n'est aucunement fait pour le cas où le bénéficiaire du billet à ordre ne l'avait pas endossé et en a lui-même touché le montant à l'échéance. En cas pareil, il faut appliquer purement et simplement l'art. 447, voir si le créancier connaissait ou non l'état du débiteur *au moment du paiement*. Pour employer les expressions mêmes dont se servent MM. Delamarre et Lepoitvin, « tout créancier qui sait que son débiteur a cessé de payer ne « peut rien recevoir de lui : il doit spontanément se ranger sous le niveau « de l'égalité. » C'est là une règle qui ne souffre exception qu'au profit du tiers porteur d'un titre négociable. Il serait bizarre, en effet, que le bénéficiaire qui encaisse le montant du billet après avoir appris l'état du souscripteur fût mieux traité que s'il l'avait endossé ; or, s'il l'avait endossé dans ces circonstances, il serait certainement tenu du rapport, aux termes de l'art. 449.

3° Débiteur envers Paul pour des marchandises qu'il m'a vendues et livrées, je l'ai payé en lui endossant un effet qui était entré dans mon portefeuille; j'étais en état de cessation de paiements quand j'ai fait cet endossement, et Paul en était instruit. Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, le *premier endossement* serait toujours celui qu'aurait souscrit Paul. Ces expressions semblent indiquer qu'il y a lieu d'appliquer ici l'art. 449. Or cet article est absolument étranger à l'hypothèse qui nous occupe, laquelle au contraire tombe sous l'application directe de l'art. 447 : car il y a eu *paiement en effets de commerce d'une dette échue*. Ma faillite pourra faire annuler ce paiement contre Paul qui l'a reçu, sans distinguer si l'effet est ou non échu et acquitté; c'est-à-dire que Paul devra rapporter l'effet s'il est encore dans son portefeuille, sinon la valeur en argent de cet effet. La disposition de l'art. 449 ne fût-elle pas écrite dans la loi, il faudrait évidemment le décider ainsi par application de l'art. 447.

effet. Ce sont donc des formalités qui se rattachent à des contrats préexistants, à des droits acquis, qu'elles ne créent pas, mais qu'elles complètent et rendent utiles, puisque, sans elles, ils seraient inefficaces et vains. Elles en sont, si je puis m'exprimer ainsi, le corollaire et le complément; elles y sont implicitement comprises, comme la conséquence l'est dans le principe. Telles sont les inscriptions des hypothèques conventionnelles ou judiciaires, hypothèques qui, quoique valablement constituées, quoique duement acquises, ne peuvent produire d'effet qu'autant qu'elles sont inscrites. Il s'agissait de savoir si ces hypothèques pourraient être inscrites, soit depuis le moment où le propriétaire a cessé ses paiements, soit dans les dix jours précédents (1).

Nous avons vu que, pour la constitution de ces hypothèques, au moins pour la constitution des hypothèques conventionnelles, la nouvelle loi, plus rationnelle et plus équitable que l'ancienne, admettant une distinction que l'ancienne ne faisait pas, permet de la valider, lors même qu'elle serait intervenue dans les dix jours ou depuis, pourvu que ce soit au même instant où est née la créance. Mais il restait à résoudre une autre difficulté, difficulté particulière à la date de l'inscription. Une fois l'hypothèque valablement constituée, devait-il être permis de l'ins-

(1) La question ne se présente pas seulement, comme on pourrait le croire d'après la manière dont s'exprime M. Bravard, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire. Elle se présente en ce qui concerne tous les droits assujettis à la nécessité de l'inscription. Cela comprend les priviléges sur les immeubles (C. Nap., art. 2106). Cela comprend l'hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (C. Nap., art. 2121 et 2134). Cela comprend même l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, lorsque la tutelle a cessé ou que le mariage est dissous (loi du 23 mars 1855, art. 8). — Mais la question doit encore être élargie : car il y a lieu de se demander si les droits assujettis à une forme de publicité autre que l'inscription, si les droits qui se conservent par une transcription, pourront être efficacement rendus publics de cette manière, même après que le propriétaire du chef de qui existent ces droits aura cessé ses paiements ou sera sur le point de les cesser.

crire, soit depuis la cessation des paiements (1), soit dans les dix jours précédents?

La législation antérieure à 1838 était aussi rigoureuse pour l'inscription que pour la constitution des hypothèques ou des priviléges : elle annulait de plein droit toute inscription prise dans les dix jours ou depuis (voy. les art. 2146 du Code Napoléon et 443 du Code de commerce). Ce système avait des avantages et des inconvénients. Il avait l'avantage de rendre impossible toute collusion entre le débiteur et certains créanciers, auxquels il aurait constitué hypothèque à la condition de ne l'inscrire qu'au dernier moment : le débiteur pourrait ainsi, en présentant comme libres des immeubles hypothéqués, conserver un crédit qu'il ne mériterait pas ; il pourrait tromper les tiers, en leur offrant des garanties apparentes qui au dernier moment disparaîtraient. La nullité prononcée contre les inscriptions prises dans les dix jours ou depuis rendait impossible cette fraude. Le système de l'art. 2146 était avantageux à ce point de vue. Mais, d'un autre côté, et c'était là un grave inconvénient, il sacrifiait l'intérêt des créanciers hypothécaires ou privilégiés à celui des tiers : car le créancier, quelle que fût sa bonne foi, quelque diligence qu'il fît, pouvait se trouver dans l'impossibilité de profiter d'une hypothèque valable, parce qu'il n'avait pu la faire inscrire que dans les dix jours avant la cessation des paiements. Il y avait là une sorte d'injustice commise à son égard et une sorte d'inconséquence : car, en même temps qu'on reconnaissait la validité de son privilége ou de son hypothèque, on lui en retirait tout le bénéfice, pour n'avoir pas rempli une simple formalité, alors même qu'il n'avait pas dépendu de lui de la remplir plus tôt. Enfin, on pouvait signaler dans ce système quelque chose de peu rationnel, attendu que le législateur avait confondu deux ordres de faits qu'il faut évidemment distinguer, savoir : l'acquisition du droit, et l'accomplissement

(1) La cessation de paiements dont il s'agit est toujours celle du propriétaire de l'immeuble grevé d'hypothèque.

d'une certaine formalité qui est destinée à le compléter et qui en est la conséquence nécessaire (1).

Il y avait donc sur ce point une réforme à introduire dans la législation. Les auteurs de la loi de 1838 l'ont compris; et, s'écartant des anciens errements, ils ont permis, par une innovation heureuse, aux créanciers qui ont un droit de privilége ou d'hypothèque valable en lui-même, de l'inscrire jusqu'au jour du ju-

(1) La disposition de l'art. 2146 avait donné lieu à des interprétations diverses. Ainsi M. Persil (*Rég. hypoth.*, t. II, p. 5 et suiv.) soutenait que le privilége du vendeur peut être exercé, quoique la transcription (voy. Code Nap., art. 2108) n'ait pas eu lieu avant les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite de l'acheteur; que, de même, pour le privilége du copartageant, peu importe que l'inscription ait été prise seulement depuis l'ouverture de la faillite, etc. Mais la Cour de cassation avait jugé, le 12 juillet 1824, que la disposition de l'art. 2146 est absolue et s'applique nécessairement au vendeur comme aux autres privilégiés.—Enfin on avait imaginé de dire que cette disposition de l'art. 2146 était abrogée par l'article 443 de l'ancien Code de commerce, attendu que, d'après ce dernier article, il est bien défendu d'acquérir un droit de privilége ou d'hypothèque, mais non de l'inscrire, depuis l'ouverture de la faillite ou dans les dix jours précédents. Voici, en effet, ce que je lis dans les *considérants* d'un jugement du tribunal de Sedan, du 27 juillet 1832: « Considérant que « la question est de savoir si l'inscription du 1er avril 1829, postérieure à « la faillite de N., laquelle remonte au mois d'octobre 1828, a conservé à la « dame sa mère son privilége de venderesse...; — Considérant que par « l'inscription le privilége ne s'acquiert pas; qu'il existe par la seule force « de la loi; que la formalité de l'inscription n'a pour effet que de le ma« nifester ou de le conserver; que l'art. 443 du Code de commerce est « modificatif de l'art. 2146 du Code civil. *Il ne résulte donc pas que l'in« scription du 1er avril 1829 soit non avenue comme prise après la faillite du « débiteur.* » Par un arrêt du 25 juin 1833, la Cour royale de Metz avait confirmé, en adoptant les motifs des premiers juges. Cet arrêt ayant été déféré à la Cour de cassation, celle-ci, le 24 janvier 1838, avait rejeté le pourvoi, mais sans se prononcer sur cette idée singulière de l'abrogation de l'art. 2146 par l'art. 443 (Dev.-Car., 38, 1, 97). La vérité est que l'article 443 du Code de 1808, bien loin d'avoir abrogé la disposition de l'article 2146, l'avait au contraire renforcée. En effet, donnons à ces deux articles leur sens naturel, et nous arriverons aux résultats suivants : Sous l'empire du Code Napoléon, l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, pouvait naître avec effet sur les biens du tuteur ou du mari depuis l'ouverture de sa faillite ou dans les dix jours précédents; cela est impossible sous l'empire du Code de 1808. De même en ce qui concerne les priviléges généraux (C. Nap., art. 2101, 2104 et 2107).

gement déclaratif. On ne pouvait étendre cette faculté au-delà, parce que les principes du dessaisissement s'y opposaient (1). Les auteurs de la nouvelle loi ont donc donné satisfaction à l'intérêt des créanciers ayant un droit de privilége ou d'hypothèque valable, mais non encore inscrit.

Toutefois, ils avaient un autre intérêt à sauvegarder, intérêt dont les rédacteurs du Code de commerce s'étaient à tort exclusivement préoccupés, l'intérêt des tiers; et ils y ont pourvu en décidant, par le même art. 448, que l'inscription pourrait être déclarée nulle si le créancier avait mis de la négligence à la pren-

(1) « Les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis pour« ront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite » (art. 448, 1er alinéa). En présence de cette disposition, je ne comprends pas comment M. Renouard a pu dire que le principe général posé dans l'art. 2146 du Code civil subsiste tout entier (t. I, p. 395). Il faut dire, au contraire, avec M. Bravard, que le législateur de 1838 a réalisé une innovation, et une innovation heureuse. Du reste, M. Renouard lui-même, dans le rapport qu'il fit en 1835 à la Chambre des députés, semblait bien admettre que le principe de l'art. 2146 était abandonné. En effet, la première Commission de cette Chambre, parlant de l'intervalle compris entre le dixième jour avant l'ouverture de la faillite et le jugement déclaratif, proposait de dire : « L'hypothèque pourra, dans cet intervalle, être vala« blement inscrite, si elle avait été constituée antérieurement. » Et voici comment M. Renouard s'exprimait, au nom de cette Commission : « Nous « avons cru nécessaire de trancher une sérieuse question qui a divisé les « auteurs et la jurisprudence : Une inscription hypothécaire peut-elle va« lablement être prise dans les dix jours qui précèdent la faillite, lorsque « cette inscription résulte d'un droit d'hypothèque antérieur? Le texte de « l'art. 2146 du Code civil, combiné avec l'art. 443 du Code de commerce, « et le principe du droit civil que les hypothèques n'existent que par l'in« scription, ont entraîné une solution négative, contre laquelle l'équité « naturelle a protesté... »

Comme je l'ai déjà indiqué, le principe que l'inscription peut être prise jusqu'au jugement déclaratif est dû à la première Commission de la Chambre des députés. Quant à la rédaction actuelle du 1er alinéa de l'article 448, elle se trouve dans le second projet du Gouvernement.

— On s'est demandé si une inscription serait valablement prise le jour même du jugement déclaratif de la faillite. Il faut répondre négativement, par le motif que les jugements sont datés du jour et non de l'heure où ils sont rendus. C'est aussi ce qu'a jugé la Cour d'Amiens, par un arrêt du 26 décembre 1855 (Dev.-Car., 56, 2, 563).

dre. Ils ont fixé un délai pour l'accomplissement de cette formalité ; c'est le délai de quinzaine, qui court du jour où le droit d'hypothèque ou de privilége a été acquis. Du reste, les auteurs de la nouvelle loi ont compris que ce délai pourrait être insuffisant dans certains cas : car l'inscription doit être prise au bureau du conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens soumis à l'hypothèque sont situés ; or, il peut y avoir une distance très-grande entre le lieu où l'inscription sera prise et celui où l'hypothèque aura été constituée. On peut, en effet, constituer hypothèque à Paris sur un immeuble situé à Alger. Voilà pourquoi l'art. 448 veut que le délai de quinzaine soit augmenté d'un délai supplémentaire en raison de la distance (1).

Mais voyons, et c'est là le point le plus important, quel est le caractère de cette nullité. Ce n'est pas une nullité de plein droit; elle dépend de l'appréciation des juges, à laquelle elle est entièrement subordonnée. Ce n'est pas, non plus, une nullité du second ordre, réservée à des actes ou à des contrats dans lesquels intervient le débiteur, dans lesquels il est partie, et subordonnée à la preuve de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers. Ici la nullité est complétement indépendante de la connaissance qu'aurait eue le créancier de la cessation des paiements, au moment où il a pris inscription, ou de l'ignorance dans laquelle il se serait trouvé à cet égard (2). La nullité dépend d'une autre circonstance, de la négligence du créancier, du retard qu'il a mis à remplir cette

(1) « Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation de « paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées « nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte con- « stitutif de l'hypothèque ou du privilége et celle de l'inscription. — Ce « délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance « entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'in- « scription sera prise » (art. 448, 2e et 3e alinéas). Ces dispositions, comme le dit M. Renouard, sont nées de la seconde discussion à la Chambre des députés.

(2) Aussi la nullité peut-elle atteindre non-seulement l'inscription prise depuis la cessation des paiements, mais encore l'inscription prise dans les dix jours précédents.

formalité. Du reste, lors même qu'il ne l'aurait remplie qu'après l'expiration du délai de quinzaine, les juges pourraient valider l'inscription, si ce retard leur paraissait expliqué, justifié, par les circonstances. Ils pourraient encore valider l'inscription, quand même le retard ne proviendrait pas de causes qui le justifieraient ou au moins l'excuseraient, si, depuis l'expiration du délai de quinzaine, le débiteur n'avait pas contracté de nouvelles dettes : car c'est dans l'intérêt des créanciers nouveaux qu'on a fixé ce délai de quinzaine, et, s'il n'en est pas survenu de nouveaux, la nullité serait sans cause (1).

(1) Ceci ne me paraît pas absolument exact. Je suppose que l'hypothèque a été constituée par le débiteur le 1er juin et que le créancier ne s'est inscrit que le 1er juillet ; c'est aussi au 1er juillet qu'est fixée l'époque de la cessation des paiements. Dans le courant du mois de juin, le débiteur n'a point contracté de nouvelles dettes ; mais les créanciers qu'il avait déjà auraient pu le poursuivre, et ils s'en sont abstenus précisément parce qu'ils ont vu qu'aucune inscription n'existait sur son immeuble. Peut-être, s'ils avaient exigé leur paiement dès le mois de juin, auraient-ils été payés intégralement, tandis que maintenant ils n'obtiendront qu'un dividende. Voilà des créanciers qui souffrent de ce que l'hypothèque a été dissimulée pendant un certain temps : ils me paraissent aussi favorables que les nouveaux créanciers, et je crois qu'il y aurait lieu, du moins dans bien des cas, de prononcer à leur profit la nullité de l'inscription prise tardivement. Il va sans dire, du reste, que, toutes les fois que l'inscription est ainsi annulée, cela profite à la masse tout entière et non pas exclusivement à tel ou tels créanciers ; mais le tribunal peut être déterminé à la prononcer, en considération de certains créanciers qui ne sont en perte que par suite du retard que le créancier hypothécaire a mis à s'inscrire.

La Cour de Bourges a été appelée à statuer sur le sort d'une inscription prise plus de huit ans après la date du titre constitutif de l'hypothèque. Voici comment elle s'exprime dans les *considérants* de son arrêt (9 août 1848) : « Le législateur a abandonné à l'arbitraire du juge la validité ou la nullité « d'une inscription prise tardivement par le créancier hypothécaire ; mais « cet arbitraire ne peut pas être admis dans un sens absolu, et les motifs « du législateur doivent guider le magistrat dans sa décision. Il résulte de « la discussion qui a précédé la loi que sa disposition n'est intervenue que « pour empêcher le créancier hypothécaire, en retard de prendre son « inscription, de tromper, même involontairement, les tiers qui ont traité « avec le débiteur commerçant, dans la pensée que ses biens étaient libres, « tandis qu'au contraire ils auraient été grevés en majeure partie par une hy« pothèque consentie depuis longtemps. Si la loi a accordé au juge le pou-

On le voit donc, il s'agit bien là d'un autre ordre de nullités, parfaitement distinct des deux premiers : il tient à des raisons spéciales et présente des caractères particuliers.

En introduisant ce troisième ordre de nullités, les auteurs de la loi de 1838 ont amélioré la législation antérieure. C'est une amélioration corrélative à celle qu'ils ont faite quant à l'acquisition du droit de privilége ou d'hypothèque en lui-même (1). Ils

« voir de valider ou d'annuler l'inscription, elle a eu pour but de ne pas « rendre le créancier hypothécaire victime d'un empêchement, de force « majeure ou tout au moins sérieux, à la prise de son inscription anté- « rieurement à la cessation des paiements de son débiteur... Dans l'espèce, « le créancier ne justifie d'aucun empêchement de force majeure ou sérieux « pour motiver ce long retard à exercer son droit; évidemment les créan- « ciers actuels du failli ou quelques-uns d'entre eux ont pu être trompés. « Dans un pareil état de choses, il y a nécessairement lieu à déclarer « l'inscription sans effet au respect des créanciers » (Dev.-Car., 48, 2, 597). La Cour de Bourges paraît bien supposer que ceux qui souffrent de la tardiveté de l'inscription sont des créanciers nouveaux qui ont traité avec le débiteur depuis la constitution d'hypothèque; mais elle n'entend pas exclure le cas où d'autres se trouveraient souffrir de cette tardiveté. Au fond, sa doctrine peut se résumer ainsi : L'inscription tardive devra être annulée si le créancier par son retard a induit des tiers en erreur et leur a causé préjudice, à moins qu'il ne prouve que le retard provient d'une force majeure ou tout au moins qu'il ne l'explique par des raisons plausibles. Et cette doctrine me paraît exacte. — Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bourges a effectivement été rejeté par la Cour de cassation, le 17 avril 1849 (Dev.-Car., 49, 1, 638).

Un arrêt de la Cour de Rouen, du 8 mai 1851, a consacré la même doctrine, en validant une inscription prise plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif, par le motif que les syndics ne prouvaient pas que les tiers eussent pu être induits en erreur par la tardiveté de l'inscription et qu'un préjudice en fût résulté pour la masse. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Colmar, du 15 janvier 1862 (Dev.-Car., 62, 2, 122). — Aux termes de l'arrêt de la Cour de Rouen que je viens de citer, le juge qui statue sur le sort d'une inscription tardive doit toujours motiver en fait sa décision, le législateur n'ayant pas entendu priver la partie de la garantie générale que tout justiciable doit trouver dans la constatation des motifs du jugement qui lui fait grief. Ainsi, le jugement qui annule l'inscription par ce seul motif, « *eu égard aux circonstances de la cause,* » ne remplit pas une des conditions essentielles de toute décision judiciaire, et il y a lieu d'en prononcer la nullité (Dev.-Car., 52, 2, 185).

(1) Voy., ci-dessus, p. 234 et suiv.

ont rendu la législation plus équitable et plus rationnelle, à ces deux points de vue (1).

(1) L'art. 448 s'occupe de l'inscription d'un droit d'hypothèque ou de privilége valablement acquis. Plusieurs questions peuvent se présenter en ce qui concerne la portée exacte des dispositions de cet article.

D'abord il faut admettre sans difficulté que, s'il s'agissait d'un renouvellement d'inscription fait conformément à l'art. 2154 du Code Napoléon, il ne pourrait pas être annulé comme ayant été fait depuis que le propriétaire de l'immeuble a cessé ses paiements ou dans les dix jours précédents : le créancier qui renouvelle son inscription dans les dix ans conformément à l'art. 2154, n'a évidemment aucune négligence à se reprocher, quel que soit le temps écoulé depuis la date de l'acte constitutif. Même après le jugement qui déclare la faillite du propriétaire de l'immeuble, le renouvellement est possible, le 1er alinéa de l'art. 448 étant fait pour la prise d'inscription et non pour le renouvellement (voy. M. Mourlon, *Traité de la transcription en matière hypothécaire*, t. II, n° 658, p. 353). Je crois, du reste, qu'après le jugement déclaratif le créancier hypothécaire ou privilégié n'est point dispensé de renouveler : ainsi, non-seulement il peut très-bien renouveler, mais encore il a grand intérêt à le faire, attendu que, s'il avait laissé passer les dix ans sans renouveler, il aurait perdu le bénéfice de son inscription primitive, et il ne pourrait même plus en prendre utilement une nouvelle.

Ce que je viens de dire pour le renouvellement d'une inscription, je le dis pour l'inscription qui, aux termes de la loi du 23 mars 1855 (art. 8), doit être prise dans l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage, à l'effet de conserver à l'hypothèque légale le rang que lui assigne l'art. 2135 du Code Napoléon. Vainement donc cette inscription n'aurait-elle été prise que depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents : pourvu que le créancier n'ait pas laissé passer le délai d'un an que lui donne la loi, il n'a commis aucune négligence, et par conséquent l'annulation de son inscription ne saurait être prononcée aux termes de notre art. 448. Ainsi jugé par la Cour de Colmar, le 15 janvier 1862 (Dev.-Car., 62, 2, 122). — J'ajoute que, même après le jugement déclaratif, l'inscription dont il s'agit sera valablement prise : la personne à qui appartient l'hypothèque légale est exactement dans la même position qu'un créancier qui se serait inscrit, mais de qui l'inscription, pour ne pas tomber en péremption, aurait besoin d'être renouvelée avant l'expiration de l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage. Voy. M. Mourlon, *Traité de la transcription en matière hypothécaire*, t. II, n° 873, p. 518.

Notre art. 448 ne paraît pas non plus pouvoir être appliqué à la séparation des patrimoines. Un homme vient à mourir laissant pour héritier un commerçant qui est en état de cessation de paiements ou même qui vient d'être déclaré en faillite : les créanciers ou légataires du défunt pourront

L'art. 448 a apporté une dérogation formelle à l'art. 2146 du Code Napoléon, qui annulait de plein droit les inscriptions,

très-valablement s'inscrire dans les six mois du décès, conformément à l'art. 2111 du Code Napoléon. Ce qui montre tout d'abord que l'art. 448 ne peut recevoir ici aucune application, c'est qu'il parle d'un *acte constitutif de l'hypothèque ou du privilége;* or, en matière de séparation des patrimoines, il est absolument impossible de trouver un acte de ce genre. D'ailleurs, si la masse des créanciers de l'héritier pouvait faire admettre que l'inscription n'est pas valablement prise sur les immeubles du défunt, en définitive elle n'y gagnerait rien : car, les immeubles étant vendus et convertis en valeurs mobilières, les créanciers du défunt auraient le droit de se faire payer sur ces valeurs par préférence à tous autres (C. Nap., art. 880, 1er alinéa). Mais je vais plus loin : je prétends que l'inscription exigée par l'art. 2111 n'est point nécessaire quand il ne s'agit pas pour les créanciers ou légataires du défunt de primer des créanciers hypothécaires de l'héritier, quand il s'agit simplement de primer la masse de la faillite. Que dit l'art. 2111? Il dit qu'avant l'expiration du délai de six mois, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet par l'héritier sur les biens du défunt, au préjudice des créanciers et légataires qui se sont inscrits dans ce délai. L'inscription prise dans les six mois par les créanciers ou légataires leur est donc utile seulement en ce qu'elle leur permet de primer tout droit hypothécaire né du chef de l'héritier; mais, en général, le droit résultant de la séparation des patrimoines se conserve indépendamment de toute inscription de ce genre, puisque l'art. 2111 n'est fait que pour le cas où il y aurait conflit entre les créanciers ou légataires du défunt et des créanciers hypothécaires de l'héritier.

Maintenant, le principe de l'art. 448 devra être appliqué relativement à tous autres droits d'hypothèque ou de privilége : il faut le dire, sous peine de méconnaître le texte formel de la loi. Assurément le législateur de 1838 n'a pas pu songer à une règle posée par la loi du 23 mars 1855; mais il a embrassé dans la disposition de l'art. 448 tous les droits d'hypothèque ou de privilége qui déjà en 1838 étaient assujettis à l'inscription. Ainsi le privilége du copartageant est inscrit, plus de quinze jours après le partage, depuis la cessation de paiements du débiteur ou dans les dix jours précédents : l'inscription pourra être annulée, bien que prise, conformément à l'art. 2109 du Code Napoléon, dans les soixante jours du partage. Ce privilége est inscrit depuis le jugement déclaratif : l'inscription est nulle, bien que prise également dans les soixante jours du partage.

Seulement des difficultés se sont élevées dans la pratique en ce qui concerne le privilége du vendeur. Je suppose qu'un immeuble a été vendu à un commerçant qui n'en a pas payé le prix. Sous l'empire du Code Napoléon, la propriété était transférée à l'acheteur, par le seul effet de la vente et indépendamment de la transcription, même à l'encontre des ayants-cause du vendeur; aujourd'hui, au contraire, sous l'empire de la loi du 23 mars

par cela seul qu'elles étaient prises depuis l'ouverture de la faillite ou dans les dix jours précédents. Mais, de plus, l'art. 448 ne

1855, l'acheteur, pour n'avoir rien à craindre des ayants-cause du vendeur, doit transcrire son titre. Du reste, sous l'empire de la loi actuelle comme sous l'empire du Code, le vendeur perd la propriété et retient seulement un privilége à l'encontre des ayants-cause de l'acheteur, dès que le contrat de vente est formé. Ce privilége doit être rendu public; il peut l'être par une inscription, il peut l'être aussi par la transcription de l'acte de vente (C. Nap., art. 2108). Supposons que le vendeur veuille exercer son privilége comme droit de préférence, c'est-à-dire à l'encontre de personnes qui n'ont pas acquis du chef de l'acheteur un droit sujet à transcription : la règle générale est que ce vendeur a pu donner publicité à son privilége au bout d'un temps quelconque à partir de la vente. La loi a bien imposé au vendeur la nécessité de rendre son privilége public; mais elle n'a point fixé pour lui, comme elle l'a fait pour le copartageant, un délai passé lequel il ne pourrait plus conserver un privilége en s'inscrivant. Ainsi, en principe, le privilége du vendeur, rendu public vingt ans après la vente, primera encore tous droits de privilége ou d'hypothèque nés du chef de l'acheteur. Maintenant ne faudra-t-il pas appliquer ici notre art. 448? Je ne vois aucune bonne raison pour ne pas l'appliquer. En conséquence, si la transcription ou l'inscription a été faite plus de quinze jours après la vente, depuis que l'acheteur avait cessé ses paiements ou dans les dix jours précédents, le tribunal pourra juger que le vendeur n'exercera pas de privilége à l'encontre de la masse. De même, si la transcription ou l'inscription n'a été faite qu'après le jugement qui déclare la faillite de l'acheteur, il y aura impossibilité pour le vendeur de se présenter à la faillite comme privilégié. Le tribunal civil de Bar-le-Duc s'est prononcé en ce sens (17 mars 1859), par un jugement que la Cour de Nancy a confirmé, le 6 août suivant, en adoptant les motifs des premiers juges. Voici quelques *considérants* de ce jugement, qui est motivé d'une manière remarquable :

« Attendu que, d'après l'art. 448 du Code de commerce, les droits de « privilége valablement acquis ne peuvent être inscrits que jusqu'au jour « du jugement déclaratif de la faillite; — Attendu que le vendeur ne peut « échapper à cette prohibition à la faveur de la circonstance qu'il ne s'agit « dans cet article que d'inscription, tandis que son privilége se conserve « par la transcription; — Attendu qu'il y a même raison de décider pour « tous les priviléges astreints à la publicité; qu'on ne comprendrait pas « que la substitution d'un mode de publicité à un autre suffît pour sous- « traire le vendeur à une déchéance qui s'applique à l'absence de publi- « cité; qu'entre deux priviléges qui ne se sont pas fait connaître à l'ouver- « ture de la faillite, ce fût précisément le plus important et le plus fréquent « qui échappât à une règle dont le défaut de publicité est la seule cause, « et qu'on eût en sa faveur établi une exception tacite à la loi commer-

déroge-t-il pas implicitement à la seconde partie de l'art. 2146, quant à l'inscription qui serait prise après le décès du débiteur

« ciale ; — Attendu que, l'inscription étant en cette matière la forme de « publicité la plus générale, le mot *inscription* a été employé dans l'arti- « cle 448 d'une façon générique pour tous les modes de publicité ; que, si « exceptionnellement le privilége du vendeur se conserve par la transcrip- « tion, ce n'est pas que le législateur ait voulu établir pour lui une forme « toute spéciale et des avantages particuliers, mais bien parce que, la « transcription étant prescrite en cas de vente dans un tout autre but, on « n'a pas voulu astreindre le vendeur à une autre formalité, et qu'alors on « a donné à cette transcription, pour la conservation du privilége, le même « effet qu'à l'inscription ; qu'autrement il ne serait plus vrai de dire que « la transcription vaut inscription pour le vendeur, puisqu'elle aurait un « effet que cette dernière n'a pas...

« Attendu que la nouvelle loi du 23 mars 1855, qui a pour but d'étendre « l'obligation de la publicité, de supprimer les priviléges et les hypothè- « ques occultes, qui a restreint les avantages dont jouissait précédemment « le vendeur, n'a pu avoir pour effet de modifier un état de choses ancien, « dans le sens des prétentions des demandeurs (*des vendeurs*) ; que c'est « donc à tort qu'on soutient qu'en vertu de l'art. 3 de cette loi, la propriété, « jusqu'à la transcription, vis à vis de ceux qui tiennent leurs droits de « l'acheteur, continue de résider sur la tête du vendeur, qui peut toujours « à leur égard faire valoir ce droit...

« Attendu, quant aux effets de la transcription, qui, prétend-on, seraient « indivisibles, qu'il est vrai que tous ses effets se produisent à la fois, « quelle que soit celle des parties qui a fait transcrire, mais qu'ils n'en « sont pas moins essentiellement complexes, ayant chacun une raison d'être « et un but différents et restant soumis à des règles propres ; qu'ainsi, la « transcription ne faisant que compléter la vente à l'égard des tiers, il n'y « a nul motif d'imposer une limite à l'acheteur pour remplir cette forma- « lité, puisque son seul intérêt est en cause ; qu'au contraire, cet acte « étant pour le vendeur une mesure conservatoire pouvant intéresser des « tiers, elle doit, comme toutes les mesures de cette nature, avoir lieu, « dans certains cas, avant certains événements..... » (Dev.-Car., 59, 2, 594).

Voy. aussi M. Mourlon, *Traité de la transcription en matière hypothécaire*, t. II, nos 643 et suiv., p. 335 et suiv.

Lorsque, suivant ce qui vient d'être dit, le vendeur ne peut pas exercer son privilége à l'encontre de la faillite de l'acheteur, peut-il du moins demander la résolution de la vente, aux termes de l'art. 1654 du Code Napoléon ? Il est permis d'en douter, en présence de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, lequel s'exprime ainsi : « L'action résolutoire, établie par l'art. 1654 du Code « Napoléon ne peut être exercée, après l'extinction du privilége du ven- « deur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, du

dont la succession n'aurait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire? On peut l'induire de la corrélation qui existe entre les

« chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conser-« ver. » La Cour de cassation a cependant jugé, par un arrêt du 1er mai 1860, que le vendeur a conservé le droit de demander la résolution : « Le privilége non inscrit, dit la Cour, bien qu'il ne produise point d'effet par lui-même contre la masse de la faillite, n'a pas véritablement péri, et en conséquence il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 7 de la loi de 1855 » (Dev.-Car., 60, 1, 602). La Cour de Grenoble, le 24 mai 1860, a jugé de même et par le même motif (Dev.-Car., 60, 2, 526). Avec M. Mourlon (*op. cit.*, t. II, nos 817 et suiv., p. 466 et suiv.), je tiens la décision pour bonne au fond; mais je ne puis admettre le motif donné à l'appui. Déclarer que le privilége par lui-même est désormais inexistant vis à vis de la masse, mais que le droit de résolution, qui ne peut pas survivre à ce privilége, sera très-bien exercé vis à vis de la même masse, c'est évidemment se contredire. Suivant M. Mourlon, le vendeur a conservé le droit de résolution parce que, comme cela résulte du texte même de l'art. 7, cet article ne peut jamais être invoqué par des créanciers purement chirographaires de l'acheteur, pas plus que par l'acheteur lui-même; or la masse de la faillite, même après que les syndics ont pris inscription conformément à l'art. 490 *in fine* du Code de commerce, ne doit pas être considérée à l'encontre du vendeur comme ayant acquis un véritable droit d'hypothèque sur l'immeuble. On pourrait même aller plus loin et soutenir que l'art. 7 de la loi du 23 mars ne peut être invoqué que par les tiers-acquéreurs : en effet, cet article paraît se lier à l'article précédent, lequel ne s'occupe que du *droit de suite* attaché aux priviléges et aux hypothèques. Mais ce n'est pas ici le lieu de développer cette doctrine.

— Notre art. 448 n'est-il pas, jusqu'à un certain point, en opposition avec les art. 2151 du Code Napoléon et 445 du Code de commerce? Un créancier hypothécaire s'est inscrit en janvier 1860 pour une créance qui porte intérêts; en 1862, le débiteur se trouvait devoir deux années d'intérêts, et il a été déclaré en faillite. Le créancier voudrait prendre une inscription particulière pour sa créance d'intérêts non garantie par l'inscription originaire : il le pourrait certainement si nous n'avions que les articles 2151 et 445; mais le pourra-t-il en présence de notre art. 448? Oui, dit la Cour de cassation, dans son arrêt du 20 février 1850. Malheureusement, dans les *considérants* de cet arrêt il m'est impossible de voir autre chose qu'une pétition de principe. On va en juger : « Attendu, dit la Cour, qu'aux « termes de l'art. 2151 du Code civil, le créancier inscrit pour un capital « produisant intérêts ou arrérages peut prendre des inscriptions particu-« lières, portant hypothèque, à compter de leur date, pour les arrérages « autres que ceux conservés par la première inscription; — Attendu que « la faillite du débiteur, survenue depuis la première inscription, ne porte « aucune atteinte au droit reconnu à cet égard par la loi au créancier

deux parties de l'art. 2146, de ces mots : « Il en est de même « entre les créanciers... » En effet, il semble qu'il n'y aurait

« inscrit; qu'en effet il résulte de l'art. 445 du Code de commerce que les « intérêts d'une créance garantie par une hypothèque continuent à courir, « même à l'égard de la masse, postérieurement au jugement déclaratif de « la faillite, et que ces intérêts ne peuvent être réclamés que sur les som- « mes provenant des biens affectés à l'hypothèque ; d'où il suit que, « dans la pensée de la loi, les intérêts courus depuis la déclaration de la « faillite peuvent être conservés par une inscription particulière, confor- « mément à l'art. 2151 du Code civil, auquel en matière de faillite il n'est « nullement dérogé ; — Attendu que, si l'art. 448 du Code de commerce « ne permet d'inscrire que jusqu'au jour du jugement déclaratif de la « faillite les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis, cette « disposition ne s'applique qu'aux créances *principales*, constituant un « droit nouveau, et ne concerne nullement les intérêts des créances précé- « demment inscrites, qui n'en sont que l'accessoire et la conséquence..... » (Dev.-Car., 50, 1, 185). En réalité, c'est comme si la Cour disait : « Nous avons dans la loi plusieurs textes qui se contrarient : il faut préférer le texte des art. 2151 et 445, sacrifier le texte de l'art. 448. » Il y a là une affirmation, il n'y a pas l'ombre d'une démonstration. Remarquez d'ailleurs qu'en nous attachant à la disposition de l'art. 448, en décidant qu'aucune inscription ne peut être prise après le jugement déclaratif, nous n'excluons point pour cela l'application de l'art. 445 : cet article s'appliquera sans difficulté si l'inscription originaire a été prise peu de temps avant le jugement déclaratif, ou si, l'inscription originaire ayant été prise depuis longtemps, les intérêts échus ont toujours été payés jusqu'au jugement déclaratif, en supposant seulement que les opérations de la faillite ne durent pas plus de deux ans.

Dans une affaire qui a donné lieu à un nouvel arrêt de la Cour de cassation (24 février 1852), le créancier hypothécaire n'avait pas pris des inscriptions spéciales depuis le jugement déclaratif de la faillite; mais il prétendait qu'il ne devait pas souffrir de ce que les opérations de la faillite s'étaient prolongées à partir de ce jugement, et qu'en conséquence il devait toujours être colloqué à la date de son inscription originaire, pour toutes les annuités d'intérêts courus depuis le jugement déclaratif, quel qu'en fût le nombre. Cette prétention devait être repoussée : car on ne voit pas que les art. 445 et 448 du Code de commerce aient dérogé sous ce rapport à l'art. 2151 du Code Napoléon. C'est aussi ce qu'a reconnu la Cour de cassation (Dev.-Car., 52, 1, 174).

En somme, l'art. 448 s'oppose à ce qu'une inscription soit prise après le jugement déclaratif de la faillite : il s'y oppose aussi bien quand l'inscription s'applique à une annuité d'intérêts que quand elle s'applique au capital. Mais, du reste, le créancier hypothécaire a une ressource bien simple. Nous savons déjà qu'il est en dehors de la faillite (voy., ci-dessus, p. 129 et suiv.).

plus entre les deux cas prévus par l'art. 2146 la parité que le législateur a voulu établir, si nous n'admettions pas que la nullité de plein droit est remplacée par une nullité laissée à l'appréciation des juges, dans le second cas comme dans le premier. Mais je crois que l'inscription prise après l'ouverture de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire doit être assimilée à l'inscription qui serait prise après le jugement déclaratif, plutôt qu'à l'inscription prise dans l'intervalle de la cessation des paiements au jugement déclaratif, et que, par conséquent, elle est nulle de plein droit, nonobstant le 1^er^ alinéa de l'art. 448, qui n'est pas fait pour ce cas, qui ne valide que les inscriptions prises avant le jugement déclaratif (1).

L'art. 448 ne doit-il s'appliquer qu'aux inscriptions de priviléges et d'hypothèques, ou bien doit-il être considéré comme une

En conséquence, du moment que des intérêts échus, soit avant, soit après le jugement déclaratif, ne lui sont pas payés, il peut, aux termes de l'article 1184 du Code Napoléon, poursuivre la résolution du contrat, c'est-à-dire faire prononcer la déchéance du terme qu'il avait consenti, et immédiatement après il saisira l'immeuble.

Comp. M. Périnet, *Thèse pour le doctorat*, p. 136 et suiv.

(1) Comme le dit très-bien mon regrettable élève et ami Jules Tambour (*Du bénéfice d'inventaire*, p. 299), « l'art. 2146 reste ici complétement en « vigueur. Du reste, peut-être serait-il bon d'en tempérer la sévérité, en « assurant aux créanciers hypothécaires un certain délai à compter de « l'acquisition de leurs droits, dans lequel ils pourraient s'inscrire utile- « ment lors même que l'ouverture de la succession arriverait dans ce délai. « C'est, en effet, à l'époque de l'ouverture de la succession, non pas à la « date de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, que s'attache l'art. 2146 : « l'acceptation, une fois intervenue, rétroagit, et les inscriptions prises dans « l'intervalle entre la mort du *de cujus* et la déclaration faite au greffe par « son héritier tombent sous l'application de cette disposition, aussi bien « que celles qui ne se produiraient que depuis cette dernière époque. »

En conséquence, si le *de cujus* avait acheté un immeuble la veille de sa mort, la transcription faite le lendemain se trouvera n'avoir pas conservé le privilége du vendeur, la succession étant ensuite acceptée sous bénéfice d'inventaire. C'est à tort que la Cour de Besançon a jugé le contraire par son arrêt du 14 décembre 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 129). Mais on a décidé avec raison que ce vendeur aurait du moins le droit de demander la résolution : c'est encore plus incontestable ici qu'au cas de faillite de l'acheteur (voy., ci-dessus, p. 291, note).

règle générale applicable à tous les actes analogues à ceux qu'il indique? Si l'on ne consultait que le texte de cet article, on le restreindrait aux inscriptions d'hypothèques ou de priviléges : car, dans les trois alinéas dont il se compose, il n'est pas question d'autre chose. Mais si l'on entre dans l'esprit de cet article, on reconnaîtra qu'il faut appliquer la même règle à toutes les formalités pouvant s'accomplir sans l'intervention du débiteur, et nécessaires pour assurer leurs effets à des contrats préexistants, à des droits acquis; de sorte que ces formalités ne confèrent pas un droit nouveau, mais consolident seulement un droit antérieur qui les implique virtuellement. J'appliquerai donc, par identité de motifs, la même décision à la transcription des donations d'immeubles, à la signification d'une cession de créance : cette transcription, cette signification, pourra se faire utilement depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents; mais dans ce cas elle courrait risque d'être annulée si elle avait eu lieu plus de quinze jours après la donation ou après la cession, sauf l'augmentation à raison de la distance entre le lieu où le droit a été acquis et celui où la formalité doit être remplie (1).

(1) Lorsque la loi, partant d'une présomption qu'elle pose elle-même, a établi pour un certain cas une cause de nullité, il n'est pas permis aux interprètes de l'étendre à un autre cas que le législateur n'a point prévu. Je ne puis donc absolument pas admettre l'opinion que professe ici M. Bravard. Une créance a été valablement cédée par un commerçant : lors même que le cessionnaire a laissé passer quinze jours avant de signifier la cession au débiteur cédé, et que la signification intervient depuis que le cédant a cessé ses paiements ou dans les dix jours précédents, à moins que nous ne voulions mettre notre propre sagesse à la place de la sagesse du législateur, nous ne devons pas déclarer la nullité de cette signification. C'est, du reste, ce que la Cour de cassation a plusieurs fois reconnu : voy. notamment l'arrêt du 19 juin 1848 (ci-dessus, p. 249 et 250, note). — Mais supposons que la cession ne soit signifiée qu'après le jugement qui déclare la faillite du cédant : alors nous dirons de cette signification ce que la loi dit de l'inscription d'un droit d'hypothèque ou de privilége : nous dirons qu'elle doit être considérée comme non avenue relativement à la masse. En effet, d'une part, le cessionnaire qui ne s'est pas conformé à l'art. 1690 du Code Napoléon n'est véritablement qu'un créancier du cédant; et,

— Je vais passer à une autre partie de la matière des faillites, à la partie qui concerne l'administration. Mais, auparavant, je

d'autre part, entre les créanciers d'un homme déclaré en faillite, aucun ne peut acquérir, postérieurement au jugement qui dessaisit le débiteur commun, une position préférable par rapport aux autres créanciers. C'est aussi en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée : voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 17 février 1849 (Dev.-Car., 49, 2, 175). Comp. MM. Aubry et Rau, t. III, § 359 *bis*, p. 308.

Maintenant je suppose qu'un commerçant, propriétaire d'un immeuble, l'a valablement aliéné entre-vifs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ou qu'il l'a grevé d'un droit d'usufruit, d'un droit de servitude, d'un droit d'antichrèse, ou qu'il l'a donné à bail pour plus de dix-huit ans, ou je suppose qu'un commerçant a renoncé à un droit d'usufruit ou de servitude qu'il avait sur l'immeuble d'un tiers; ce commerçant vient à être déclaré en faillite : l'acte émané de lui doit-il avoir été transcrit avant une certaine époque pour être opposable à la masse de la faillite? Je vais décider ici comme dans le cas où il s'agissait de la cession d'une créance. La transcription faite en exécution de l'art. 939 du Code Napoléon, des art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855, ne pourra pas être annulée comme ayant été faite plus de quinze jours après la date de l'acte transcrit, comme ayant été faite depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents : en effet, si la transcription tombe sous le coup de l'art. 448, 2e alinéa, c'est seulement en tant qu'elle vaut inscription pour le vendeur (voy., ci-dessus, p. 289-291, note) : à tous autres égards, nous ne devons pas lui appliquer une règle que la loi n'a posée qu'au sujet de l'inscription. Que si la transcription survient après le jugement déclaratif de faillite, elle est comme non avenue relativement à la masse : c'est la conséquence du principe que le dessaisissement qui résulte pour le failli du jugement déclaratif constitue au profit des créanciers une sorte de droit réel *sui generis* qui est désormais à l'abri de toute atteinte de la part du failli ou de quelqu'un de ses ayants-cause.

Sur ce dernier point, j'ai le regret de m'écarter de la doctrine présentée en dernier lieu par un jurisconsulte à l'opinion duquel j'attache toujours le plus grand prix. M. Mourlon admet bien que la transcription d'une donation ne peut plus être opérée d'une manière efficace après le jugement qui déclare la faillite du donateur; mais il n'admet pas que, dans les cas où la transcription est exigée par la loi du 23 mars 1855, lorsqu'il s'agit par exemple d'une vente d'immeubles, le défaut de transcription avant le jugement déclaratif puisse être opposé par la masse de la faillite (*Traité de la transcription*, t. II, nos 488 et suiv.). Tout d'abord je suis choqué de cette distinction, parce que je suis bien convaincu qu'en règle générale c'est la loi du 11 brumaire an VII dont on a voulu reproduire le principe soit dans les art. 939 et suiv. du Code Napoléon, soit dans la loi du 23 mars 1855 : la transcription exigée du donataire et la transcription exigée de l'acheteur ayant ainsi la même origine, je ne puis pas admettre, en l'absence d'un

dois, pour compléter l'explication de la première partie, signaler une innovation heureuse qui s'y rattache et qui est consacrée dans l'art. 461.

texte formel sur ce point, que l'absence de l'une n'ait pas le même effet que l'absence de l'autre. Voyons cependant sur quoi se fonde M. Mourlon pour refuser à la masse de la faillite vis à vis d'un acheteur le droit qu'il lui reconnaît vis à vis d'un donataire. Au fond, son raisonnement se borne à ceci : « La vente, quoique non transcrite, est parfaitement efficace à l'encontre du vendeur et de ses créanciers chirographaires : si le vendeur vient à être déclaré en faillite, ses créanciers chirographaires avaient déjà perdu tout droit de gage sur l'immeuble vendu et ils ne peuvent pas le ressaisir aujourd'hui : cet immeuble a définitivement cessé, vis à vis d'eux, à l'instant même où il a été vendu, de compter dans les biens de leur débiteur. En conséquence, même celui de ces créanciers qui aurait reçu du débiteur hypothèque sur le bien vendu et qui l'aurait inscrite avant la transcription de l'acte de vente, même celui-là ne pourrait pas, pour faire valoir son hypothèque, opposer à l'acheteur le défaut de transcription : cela étant, comment pourrions-nous accorder à la masse des créanciers chirographaires en vertu du jugement déclaratif de faillite le droit que n'a pas un créancier en vertu d'une constitution formelle d'hypothèque? »

Dans ce raisonnement il y a une erreur. En effet, j'admets bien que les créanciers chirographaires du vendeur, tant qu'ils restent purement et simplement créanciers chirographaires, ne peuvent pas plus que le vendeur opposer à l'acheteur le défaut de transcription. Mais la question est de savoir si l'un de ces créanciers ou la masse de ces créanciers ne pourrait pas après coup acquérir sur l'immeuble un droit qui lui permettrait d'invoquer l'art. 3 de la loi du 23 mars. Supposons que Paul a vendu son immeuble le 1er mai; le 10 mai, il emprunte 25,000 fr. à Pierre, et en même temps il lui consent un droit d'hypothèque ou un droit d'antichrèse sur l'immeuble qu'il a vendu; Pierre donne publicité à son droit avant que l'acheteur n'ait transcrit : M. Mourlon admet très-bien que le droit d'hypothèque ou d'antichrèse existe parfaitement à l'encontre de l'acheteur. Mais si le vendeur avait constitué ce droit d'hypothèque ou d'antichrèse au profit d'un homme qui était déjà depuis quelque temps son créancier, il en serait tout autrement, l'acheteur n'aurait rien à craindre! « Cette solution, ajoute M. Mourlon, est déplorable, nous le reconnaissons; personne assurément ne la jugera plus sévèrement que nous. » Quant à moi, j'avais toujours cru que les jurisconsultes ne devaient pas proposer des solutions, jugées *déplorables* par eux-mêmes, à moins d'y être contraints par le texte de la loi. Or avons-nous ici un texte de ce genre? En aucune façon. D'après l'art. 3 de la loi du 23 mars, le droit résultant d'une vente non transcrite « ne peut être opposé aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et « qui les ont conservés en se conformant aux lois. » Assurément cet article exclut toute distinction entre le cas où un tiers a acquis *un droit sur l'im-*

Sous l'empire de l'ancien texte du Code, il était arrivé plus d'une fois que des jugements déclaratifs de faillite n'avaient pas été publiés, que les mesures prescrites par ces jugements n'avaient pas été exécutées, parce qu'il n'y avait pas dans la faillite des fonds suffisants pour faire face aux frais nécessités par ces mesures. C'était un inconvénient grave; mais comment y obvier? On ne pouvait astreindre les créanciers, qui perdent déjà assez, à faire l'avance de ces frais; encore moins pouvait-on y astreindre les syndics, qui ne sont que des mandataires judiciaires. Il ne restait qu'un moyen à employer, et c'est celui qu'ont pris les rédacteurs de la loi nouvelle. Ce moyen consiste, comme il s'agit de formalités qui intéressent le commerce tout entier et la société en général, à mettre à la charge du Trésor

meuble au même instant où il devenait créancier et le cas où il ne l'a acquis que *ex post facto*. Cette distinction a bien pu être faite par la loi commerciale (art. 446) : elle a été faite alors dans l'intérêt de la masse de la faillite et non pas à son préjudice. L'erreur de M. Mourlon vient de ce que, suivant lui, l'homme qui a été créancier chirographaire du vendeur avant que l'acheteur n'eût transcrit doit nécessairement subir, quoi qu'il puisse arriver, tous les inconvénients attachés à la qualité de chirographaire. La vérité est qu'il n'y a pas à distinguer suivant que celui qui se présente aujourd'hui comme hypothécaire ou comme nanti l'a toujours été ou bien au contraire a commencé par être chirographaire : dans un cas comme dans l'autre, la qualité de chirographaire est hors de cause et ne saurait être alléguée quant à présent. Voy. en ce sens MM. Aubry et Rau, t. II, § 209, p. 277.

En somme, je tiens pour constant que l'acheteur qui n'avait pas transcrit lorsque le créancier du vendeur a inscrit son hypothèque ou a transcrit la constitution d'un droit d'antichrèse consenti à son profit, que cet acheteur ne pourra jamais invoquer son acquisition vis à vis du créancier dont il s'agit. Je dis de même que l'acheteur qui n'a pas transcrit l'acte de vente au moment où son vendeur est déclaré en faillite ne pourra pas invoquer son acquisition vis à vis de la masse : car le jugement déclaratif de faillite est pour la masse à peu près ce qu'est pour un créancier du vendeur l'obtention d'un droit d'antichrèse révélé par la transcription.

Voy. en ce sens une excellente dissertation de M. Périnet (*Thèse pour le doctorat*, nos 85 et suiv., p. 196 et suiv.). MM. Aubry et Rau (t. II, § 209, p. 281) n'admettent la masse de la faillite à opposer à l'acheteur le défaut de transcription qu'autant que les syndics ont pris inscription conformément à l'art. 490; nous rechercherons plus tard quel est le véritable caractère de cette inscription.

l'avance des frais nécessaires à l'accomplissement de ces formalités. Tel est aussi l'objet du nouvel art. 461 (1).

Évidemment il fallait que la nécessité de cette avance fût constatée. Or elle le sera par le juge-commissaire, et ce ne sera que sur une ordonnance de ce juge que le Trésor sera tenu de faire l'avance dont il s'agit (2). De plus, pour le recouvrement de la somme avancée, le Trésor aura un privilége général, mais qui ne sera pas opposable aux créanciers, soit hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles, soit nantis, non plus qu'au propriétaire de la maison occupée par le failli lorsque des loyers lui sont dus. Ce privilége ne portera donc, comme le dit l'art. 461, que sur les premiers recouvrements (3).

(1) Voici comment s'exprimait le ministre de la justice, dans une circulaire adressée aux procureurs-généraux le 8 juin 1838 : « C'est aux premiers « moments de la faillite que les précautions doivent être prises pour prévenir des détournements. Souvent alors les créanciers, incertains s'il « existera un actif quelconque, s'arrêtent devant la crainte de n'être pas « remboursés des frais qu'ils avanceraient; et le failli demeure libre ou de « s'approprier les fonds et les marchandises qui sont d'une disposition « facile ou de les employer à satisfaire ceux qu'il veut favoriser. L'art. 461 « remédie à cet inconvénient, en déclarant que l'avance des premiers frais « sera faite par le Trésor public, lorsque les deniers appartenant à la faillite « ne pourront y suffire immédiatement. »

(2) « Puisque, dans ces circonstances, le Trésor fait l'avance, il sera né« cessaire de se conformer au décret du 13 juin 1811, relatif aux frais de « justice criminelle. Ainsi, il devra être fourni un mémoire séparé pour « chaque objet de dépense, savoir : 1° pour les frais du jugement de déclara« tion de la faillite, 2° pour les frais d'apposition de scellés, 3° pour les frais « d'arrestation; 4° pour les frais d'incarcération, 5° pour les frais d'affiche, « 6° pour les frais d'insertion dans les journaux. Ces frais seront payés par « les receveurs de l'enregistrement, au moyen d'une ordonnance du juge« commissaire, qui sera apposée au bas de chacun des mémoires » (Circulaire, déjà citée, du 8 juin 1838).

(3) « Le juge-commissaire devra prendre les mesures nécessaires pour « qu'il soit exactement tenu note au greffe des diverses sommes qu'il aura « ordonnancées, afin que le greffier puisse dresser l'état de liquidation qui « doit ultérieurement servir au recouvrement des frais avancés par le Tré« sor public. Ce recouvrement doit avoir lieu aussitôt que l'actif de la « faillite présentera quelques ressources : tel est le vœu de l'art. 461. Le « juge-commissaire fera donc sans retard préparer l'état de liquidation, « au bas duquel il mettra son ordonnance. L'envoi de cet état sera fait au

CHAPITRE SECOND

ADMINISTRATION DE LA FAILLITE

L'administration de la faillite a son point de départ dans le jugement déclaratif lui-même : c'est par ce jugement, en effet, que sont nommés les premiers administrateurs de la faillite (1). Mais je n'ai à envisager ici l'administration que par rapport à la responsabilité des syndics et par rapport à leurs attributions :

« directeur de l'enregistrement et des domaines, qui demeurera chargé « d'en faire payer le montant » (Circulaire déjà citée).

Voici maintenant le texte même de l'art. 461 : « Lorsque les deniers « appartenant à la faillite ne pourront suffire immédiatement aux frais du « jugement de déclaration de la faillite, d'affiche et d'insertion de ce juge- « ment dans les journaux, d'apposition des scellés, d'arrestation et d'in- « carcération du failli, l'avance de ces frais sera faite, sur ordonnance du « juge-commissaire, par le Trésor public, qui en sera remboursé par pri- « vilége sur les premiers recouvrements, sans préjudice du privilége du « propriétaire. »

Quel est précisément le rang qu'il convient d'assigner à ce privilége du Trésor public ? Je crois que les principes conduisent à dire qu'il doit être assimilé au privilége des *frais de justice* (C. Nap., art. 2101-1°), par conséquent qu'il doit primer tous les créanciers qui ont profité de l'avance du Trésor. Voy. M. Valette, *Traité des priviléges et des hypothèques*, n° 118. Du reste, notre savant maître n'a pas mentionné spécialement le privilége qui nous occupe.

D'un avis du Conseil d'Etat, du 5 août 1840, approuvé dans une Circulaire du ministre de la justice, du 1er octobre suivant, il résulte que le ministère public qui fait incarcérer le failli conformément à l'art. 460 n'est point chargé de pourvoir à ses aliments ; que l'action du ministère public n'est point subordonnée à la vérification à faire de l'insuffisance des fonds de la faillite et du bon vouloir du juge-commissaire, qu'ainsi l'incarcération requise par lui ne doit pas être précédée d'une consignation d'aliments ; enfin, que l'Etat fournit les aliments en nature, sauf son recours contre la faillite dès qu'elle aura des fonds disponibles conformément à l'art. 461. Voy., ci-dessus, p. 116, note.

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 462.

car j'ai déjà expliqué tout ce qui est relatif au mode de leur nomination (1).

§ I. RESPONSABILITÉ DES SYNDICS.

Les syndics sont soumis à une responsabilité rigoureuse, et cela à un double titre, 1° comme administrateurs judiciaires, et 2° comme administrateurs salariés. Aussi sont-ils responsables de leurs moindres fautes (2), et ne peuvent-ils pas déléguer le mandat qu'ils ont reçu du tribunal(3).

Il y a cependant ici une difficulté, en ce qui concerne l'étendue ou plutôt la modalité de leur responsabilité. Lorsque le tribunal en a nommé plusieurs, et il lui est permis d'en nommer trois (4), on peut se demander si ces différents syndics seront soumis à une responsabilité solidaire. Il résulte de l'art. 465 que leur responsabilité sera, non pas précisément solidaire, mais collective, parce que leur gestion doit être elle-même collective. Il y a, du reste, à cet égard quelque obscurité dans l'art. 465, qui est ainsi conçu : « S'il a été nommé plusieurs syndics, ils ne « pourront agir que collectivement ; néanmoins le juge-com-

(1) Voy., ci-dessus, p. 79 et suiv.

(2) L'art. 1992 du Code Napoléon est ainsi conçu : « Le mandataire ré- « pond, non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans « sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée « moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui « reçoit un salaire. »

Nous pouvons remarquer aussi que la loi de finances du 15 mai 1850 a rangé parmi les patentables de quatrième classe les mandataires salariés pour l'administration des faillites, s'ils en font leur profession habituelle.

(3) Il est bien entendu qu'ils peuvent se substituer des préposés, mais qu'ils sont responsables de leurs faits et de leurs négligences. D'après l'art. 488, ils peuvent employer le failli lui-même pour faciliter leur gestion.

(4) Voy. le dernier alinéa de l'art. 462.

« missaire peut donner à un ou plusieurs d'entre eux des auto-
« risations spéciales, à l'effet de faire séparément certains actes
« d'administration. Dans ce dernier cas, les syndics autorisés
« seront seuls responsables. » Il faut entendre les expressions de la loi, *ils ne pourront agir que collectivement*, non pas en ce sens que chacun des syndics devra concourir directement et personnellement à tous les actes de gestion, mais bien en ce sens que, les actes faits par chacun d'eux étant considérés comme faits avec l'assentiment, en vertu du mandat, au moins tacite, de tous les syndics, chacun d'eux en répondra pour le tout. Aussi, quand on ne pourra pas admettre l'existence de ce mandat, quand, par exemple, les actes de gestion exigeront des connaissances spéciales, ou bien devront être faits dans un lieu où ne se trouvent pas tous les syndics, le juge-commissaire pourra accorder à l'un ou à quelques-uns d'entre eux l'autorisation de faire séparément ces actes, dont alors le syndic ou les syndics autorisés seront seuls responsables. L'exception vient ainsi expliquer et confirmer la règle que j'ai indiquée, et le sens dans lequel j'ai entendu la gestion collective (1).

(1) Voici donc, d'après M. Bravard, comment peut être traduite la disposition de l'art. 465 : « En principe, lors même qu'un acte n'est fait que par l'un des syndics, tous les syndics en sont responsables, l'acte est considéré comme émanant de tous; par exception, si celui qui a fait l'acte avait été autorisé par le juge-commissaire à le faire séparément, les autres syndics n'en sont point responsables. »

Je crois que tel est effectivement le sens de l'art. 465. Voy. aussi MM. Renouard (*op. cit.*, t. I, p. 465 et suiv.), Bédarride (*op. cit.*, t. I, n° 236) et Alauzet (*op. cit.*, t. IV, n^os^ 1724 et 1725). Mais la jurisprudence paraît l'entendre tout autrement. En effet, la Cour d'Angers, par un arrêt du 12 mai 1858, décide que la personne qui, voulant interjeter appel d'un jugement rendu entre elle et une faillite, notifie son appel régulièrement à l'un des syndics et irrégulièrement (sans constitution d'avoué) à l'autre syndic, que cette personne n'a encouru aucune nullité, et que l'appel doit être déclaré recevable. Et sur quoi se fonde la Cour? Sur ce que l'article 69, n° 7, du Code de procédure, aux termes duquel les unions et directions de créanciers sont assignées en la personne et au domicile de l'un des syndics, n'a pas été abrogé par l'art. 465 du Code de commerce (Dev.-Car., 58, 2, 634). La pensée de la Cour semble bien être que, d'après l'art. 465, il faut en général la participation effective de tous les syndics à

— Un autre principe qui domine la gestion des syndics, c'est l'acte qui doit engager leur responsabilité. Telle est aussi la pensée qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation, du 19 mars 1861. Il s'agissait de savoir si l'un des syndics avait pu seul recouvrer valablement une somme due à la faillite. La Cour répond affirmativement : « Attendu qu'aux « termes du droit commun, chacun des syndics, investis conjointement « du même mandat, avait pouvoir d'agir individuellement pour son exécu- « tion...; et que l'art. 465 du nouveau Code de commerce, qui prescrit aux « syndics de n'agir que collectivement, contient une dérogation au droit « commun, dérogation inapplicable à la faillite R. P. régie par le droit « antérieur... » (Dev.-Car., 61, 1, 443). Je n'attache pas une très-grande importance à ce *considérant*, parce que la Cour de cassation n'était pas précisément appelée à se prononcer sur le sens de l'art. 465 : comme elle le dit très-bien, cet article n'était pas applicable à l'espèce.

Le Code de 1808 ne contenait aucune disposition semblable à celle de notre art. 465. Mais la jurisprudence admettait déjà une responsabilité solidaire à la charge des syndics. Cette idée avait été consacrée notamment par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 janvier 1814 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 501). Deux considérations distinctes sont invoquées dans cet arrêt : 1° Les différents syndics sont chargés conjointement d'une administration commune à tous, d'une surveillance que tous doivent également exercer, que chacun d'eux ne peut exercer partiellement ou divisément, ce qui les soumet à une responsabilité indivisible; 2° l'art. 1995 du Code Napoléon, aux termes duquel *entre mandataires établis par le même acte il n'y a solidarité qu'autant qu'elle est exprimée*, n'est pas applicable à l'espèce, parce qu'il ne s'agit pas d'un mandat conventionnel où les parties aient pu stipuler volontairement, mais d'une administration conférée par la justice, et dont les obligations sont réglées par la loi seule, sans qu'elles puissent être modifiées par aucune stipulation. De ces deux considérations, la première n'a aucune espèce de valeur. En effet, lors même qu'il s'agit d'un mandat conventionnel, les différents mandataires sont chargés conjointement d'une administration commune, d'une surveillance indivisible : le raisonnement de la Cour de cassation mènerait donc à dire qu'il n'y aura jamais lieu d'appliquer l'art. 1995 du Code Napoléon. De plus, l'obligation indivisible qui existe à la charge de plusieurs ne donne pas nécessairement lieu à une condamnation solidaire : loin de là, le principe est que l'obligation se divise dès l'instant qu'elle se trouve transformée en une dette de dommages-intérêts. Quant à la deuxième considération invoquée dans l'arrêt de 1814, on peut très-bien l'admettre : les mandataires, qui ne sont pas tenus solidairement là où le mandant a pu stipuler la solidarité et ne l'a pas fait, sont au contraire tenus solidairement là où il n'était pas au pouvoir de celui pour le compte duquel ils ont administré de stipuler cette garantie. Ajoutez qu'on ne concevrait guère que le dommage résultant d'une faute également imputable aux deux syndics ne fût réparé que pour moitié lorsque l'un des deux syndics est insolvable. — La Cour de

qu'elle est soumise à un contrôle, à une surveillance. Ce contrôle est exercé par les intéressés eux-mêmes, c'est-à-dire par les créanciers et par le failli, et aussi, dans un intérêt général,

Paris s'était prononcée dans le même sens que la Cour de cassation, par un arrêt du 30 décembre 1837.

La question de savoir si les syndics sont soumis à une responsabilité solidaire n'est point tranchée par le nouvel art. 465. Nous y voyons bien qu'en général, l'acte qui émane de tous les syndics, ou même d'un seul d'entre eux, engage la responsabilité de tous; mais est-ce une responsabilité solidaire? L'art. 465, quoi qu'en disent la plupart des auteurs, ne s'explique aucunement sur ce point. Suivant M. Bravard, la responsabilité n'est pas précisément *solidaire*, elle est *collective*. Qu'est-ce que cette responsabilité collective? J'avoue que je serais fort embarrassé pour le dire, si M. Bravard lui-même n'affirmait dans son *Manuel* (p. 618) que les syndics sont tenus *in solidum* de réparer le dommage résultant des fautes qui leur sont imputables. Notre auteur a donc pris comme synonymes l'expression *responsabilité collective* et l'expression *obligation* IN SOLIDUM. Or cette dernière expression a été quelquefois employée pour indiquer une obligation telle que le créancier peut bien demander la totalité de ce qui lui est dû à l'un quelconque des obligés, mais que cependant tous les effets de la solidarité proprement dite (voy. notamment les art. 1206 et 1207 du Code Napoléon) ne se produiraient pas. Il n'est pas bien certain que nous puissions admettre chez nous cette espèce de solidarité imparfaite, et j'aime mieux dire tout simplement que les différents syndics, en leur qualité de mandataires judiciaires, sont soumis à la solidarité comme les mandataires peuvent s'y soumettre expressément dans le cas d'un mandat conventionnel.

Du reste, ce n'est pas seulement vis à vis de la masse que les syndics sont ainsi responsables. Ce pourrait être également vis à vis de certains tiers à qui, dans l'exercice de leurs fonctions de syndics, ils auraient causé un dommage. C'est ce que la Cour de Limoges a jugé (arrêt du 2 septembre 1842) dans une espèce où l'adjudicataire d'un immeuble de la faillite, ayant payé par erreur entre les mains des syndics au lieu de payer entre les mains du créancier hypothécaire, exerçait l'action en répétition. Seulement, la Cour a tort de motiver sa décision sur ce que la réception des écus était de la part des syndics un acte indivisible (Dev.-Car., 43, 2, 65). Ce qu'il fallait dire, c'est que le tiers qui se croit par erreur débiteur de la faillite doit payer entre les mains de ceux qui ont été nommés syndics, sans qu'il les ait choisis lui-même et sans qu'il puisse stipuler d'eux la solidarité. Il y a ici quelque chose d'analogue à ce qui a lieu dans le cas prévu par l'art. 2137 du Code Napoléon : sans doute le subrogé-tuteur est nommé dans l'intérêt du mineur ou de l'interdit, et cependant ce subrogé-tuteur peut être responsable envers les tiers pour n'avoir pas veillé à ce que l'inscription fût prise sur les biens du tuteur.

Enfin, tout en admettant que la responsabilité qui pèse sur tous les syn-

par le juge-commissaire (1). La surveillance dont il s'agit se produira sous deux formes distinctes, soit sous la forme d'une opposition aux actes des syndics ou d'une réclamation contre ces actes, soit sous la forme d'une demande en révocation. Envisageons-la sous ces deux aspects.

Aux termes de l'art. 466, les créanciers et le failli peuvent réclamer contre les actes des syndics; à plus forte raison, dirons-nous qu'ils peuvent s'opposer à ces actes. Leur opposition ou leur réclamation doit être formée devant le juge-commissaire, qui est tenu de statuer dans les trois jours, et dont la décision est exécutoire par provision, sauf recours devant le tribunal de commerce (2). De son côté, le juge-commissaire peut donner aux syndics des avertissements officieux, leur refuser les autorisations dont ils ont besoin, et, s'il y a lieu, provoquer leur révocation.

dics quand il ne s'agit pas d'un acte fait par l'un d'eux séparément avec l'autorisation du juge, tout en admettant, dis-je, que c'est une responsabilité solidaire, il faut du moins apporter à cette règle un tempérament qui est parfaitement conforme à l'esprit de l'art. 465. L'un des syndics est frappé d'aliénation mentale et ne gère plus; l'autre gère seul, occasionne des pertes à la masse et se trouve insolvable : il faut dire que le premier, resté absolument étranger à cette gestion ruineuse, n'en sera point solidairement responsable. C'est aussi ce qu'a décidé la Cour d'Orléans, par un arrêt du 7 décembre 1843 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 501). — Et, toujours dans le même ordre d'idées, nous déciderons qu'un syndic peut échapper à la responsabilité solidaire d'un acte auquel il n'a point pris part personnellement, en protestant contre cet acte. Comp. M. Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1725.

(1) Voy., quant au juge-commissaire, l'art. 452.

(2) L'art. 466 n'indique pas les créanciers et le failli comme étant les seules personnes qui puissent élever des réclamations contre les actes des syndics. Certainement un syndic peut également réclamer contre l'acte d'un autre syndic. Je pense même, avec M. Renouard (t. I, p. 469), qu'on pourrait, dans certains cas, admettre les réclamations de tiers qui justifieraient de leur intérêt à faire rapporter une mesure préjudiciable à leurs droits.

Dans le Code de 1808, il y avait un art. 495, ainsi conçu : « Si les créanciers ont quelque motif de se plaindre des opérations des syndics, ils en référeront au commissaire, qui statuera, s'il y a lieu, ou fera son rapport au tribunal de commerce. » Voy. M. Bédarride, t. I, n°s 242-244.

Quant à la demande en révocation, on ne pouvait refuser au failli ni aux créanciers le droit de la former. En effet, 1° il serait trop onéreux pour eux de multiplier leurs réclamations contre les actes des syndics qui géreraient mal la faillite, et ce serait un remède trop peu efficace; 2° les syndics peuvent compromettre les intérêts du failli et des créanciers, non-seulement par des actes de mauvaise gestion, mais encore par leur incurie, par leur inaction; 3° enfin les syndics peuvent manquer de probité, et, dans ce cas, il n'y a évidemment d'autre parti à prendre que de les révoquer. Le juge-commissaire peut aussi d'office, dans l'intérêt général, proposer la révocation d'un ou de plusieurs des syndics (1).

Quelle est la marche à suivre? La nouvelle loi l'a tracée dans l'art. 467 : La demande en révocation devra être adressée au juge-commissaire; mais ce ne sera pas à lui à y faire droit : ce sera au tribunal, auquel le juge-commissaire se bornera à faire son rapport et à donner son avis; cet avis, il est vrai, sera presque toujours suivi. Du reste, l'instruction et les débats seront renfermés dans l'enceinte de la chambre du conseil, par conséquent, affranchis de la publicité, sauf le jugement qui doit être prononcé à l'audience (2). C'est une dérogation au droit commun, au principe de la publicité des débats judiciaires, dérogation que n'admettait pas l'ancien texte.

Les auteurs de la nouvelle loi ont apporté une autre dérogation au droit commun : ils n'ont pas voulu que le demandeur en révocation pût être entendu dans la chambre du conseil, soit en personne, soit par un fondé de pouvoirs. Le demandeur ne

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 467.

(2) La loi ne se sert pas du mot *jugement*. Aussi s'est-on demandé si le tribunal doit motiver sa décision. Le tribunal n'est certainement pas tenu de la motiver, aucune disposition de la loi ne lui en fait un devoir; mais il pourra très-bien la motiver quand il le jugera convenable, par exemple pour montrer que certains bruits répandus dans le public et qui portaient atteinte à la réputation du syndic n'étaient nullement fondés. Voy. en ce sens M. Renouard, t. 1, p. 473. Comp., en ce qui concerne le remplacement du juge-commissaire, ci-dessus, p. 97 et 98.

peut faire connaître ses motifs que par l'organe du juge-commissaire, tandis que les syndics sont autorisés à donner en personne leurs explications. Tout se réduit donc au rapport du juge-commissaire et aux explications des syndics. La dénégation au demandeur en révocation du droit de se faire entendre, soit en personne, soit par un fondé de pouvoirs, dans la chambre du conseil, cette dénégation a quelque chose d'exorbitant et peut paraître inique, au moins dans le cas prévu par le 2e alinéa de l'art. 467, cas où le juge-commissaire n'a pas, comme il y est tenu, soumis dans les huit jours au tribunal la demande en révocation. Le demandeur pourra bien, dans ce cas, se pourvoir directement devant le tribunal; mais il devra suivre la même marche que dans les autres cas, et ne pourra toujours se faire entendre que par l'entremise du juge-commissaire, qui cependant a manqué à son devoir en ne faisant pas ce que la loi exigeait de lui (1), et qui a montré une sorte de prévention contre le demandeur en révocation (2).

(1) Je crois que M. Bravard se trompe quand il dit que le juge-commissaire qui laisse passer les huit jours sans faire droit aux réclamations qu'il a reçues, *manque à son devoir, ne fait pas ce que la loi exigeait de lui.* C'est une faculté que la loi a conférée au juge-commissaire, et non pas une obligation qu'elle lui a imposée. En effet, l'art. 467, dans son 1er alinéa, dit que le juge-commissaire *pourra,* sur les réclamations à lui adressées ou même d'office, proposer la révocation. En conséquence, lors qu'il estime que les réclamations ne sont nullement fondées, il fait très-bien de ne pas les soumettre au tribunal : son inaction est un premier avertissement pour le réclamant, elle l'amènera quelquefois à reconnaître qu'en réalité il n'y a pas lieu de réclamer.

(2) Dans le Code de 1808, l'art. 460 portait que les agents sont révocables par le tribunal qui les a nommés; mais aucun article ne statuait sur la révocation des syndics. La question, on le comprend, avait dû se présenter plusieurs fois devant les tribunaux, et ceux ci, en l'absence de disposition particulière de la loi commerciale, avaient appliqué ici les principes généraux du droit. Ainsi, la Cour de Paris avait jugé, par un arrêt du 6 mai 1825, « que les syndics définitifs d'une faillite ne peuvent être considérés que comme des mandataires toujours comptables de leur gestion à la masse des créanciers, et révocables à la volonté de ces mêmes créanciers, de qui ils tiennent leurs pouvoirs » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite,* n° 421). Aux syndics définitifs, nommés par les créanciers (ancien

§ II. ATTRIBUTIONS DES SYNDICS.

Les attributions des syndics sont de trois sortes : en effet, elles sont fondées ou bien sur l'intérêt commun des créanciers et du failli, ou bien sur l'intérêt particulier du failli, ou bien sur l'intérêt de la vindicte publique.

Commençons par les attributions qui ont pour objet *l'intérêt commun des créanciers et du failli*. Elles comprennent :

1° Les actes conservatoires en général, tels que les interruptions de prescriptions, les saisies-arrêts, etc. L'art. 490 indique, comme rentrant dans les actes conservatoires (1), deux sortes d'inscriptions parfaitement distinctes : d'abord les inscriptions des hypothèques acquises au failli, inscriptions que celui-ci au-

art. 527), on appliquait donc purement et simplement l'art. 2004 du Code Napoléon : pour la révocation de ces syndics, l'intervention de la justice n'était point nécessaire. Relativement aux syndics provisoires, la Cour de Rennes avait jugé, par un arrêt du 25 janvier 1820, qu'il y avait lieu d'appliquer par analogie l'art. 495 (*suprà*, p. 305, note 2), et qu'ainsi le tribunal ne pouvait prononcer la révocation que sur la plainte des créanciers (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 608).

(1) Cet art. 490, qui dans le Code forme à lui seul une Section, intitulée *Des actes conservatoires*, est ainsi conçu : « A compter de leur entrée en « fonctions, les syndics seront tenus de faire tous actes pour la conserva- « tion des droits du failli contre ses débiteurs. — Ils seront aussi tenus de « requérir l'inscription aux hypothèques sur les immeubles des débiteurs « du failli, si elle n'a pas été requise par lui ; l'inscription sera prise, au « nom de la masse, par les syndics, qui joindront à leur bordereau un cer- « tificat constatant leur nomination. — Ils seront tenus aussi de prendre « inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du « failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription sera reçue sur un sim- « ple bordereau, énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du jugement « par lequel ils auront été nommés. »

Les trois dispositions dont se compose cet art. 490 faisaient l'objet des art. 499 et 500 du Code de 1808 ; on s'est borné, en 1838, à changer un peu la rédaction.

rait négligé de prendre sur les biens de ses débiteurs (1) ; en second lieu, une inscription, d'une nature toute différente, que les syndics sont tenus de prendre au nom de la masse sur les immeubles du failli dont ils connaissent l'existence.

Cette dernière inscription (3e alinéa de l'art. 490) ne se rattache ni à une convention, ni à un jugement de condamnation ; c'est une conséquence de l'état de faillite, et, si l'on veut y voir l'inscription d'une hypothèque, cette hypothèque sera *légale* et non pas *conventionnelle* ou *judiciaire* (2). Mais faut-il voir là un droit d'hypothèque ? Sous l'empire de l'ancien texte du Code, on ne voyait dans cette inscription qu'un élément de publicité, qu'un moyen de plus d'avertir les tiers de l'existence du dessaisissement (3). En doit-il être de même aujourd'hui ? Il est certain

(1) Lorsque mon débiteur a lui-même une créance hypothécaire ou privilégiée sur un immeuble, s'il néglige de s'inscrire, je puis de son chef prendre inscription : car ce n'est point là un droit exclusivement attaché à la personne. Il faut donc voir dans le 2e alinéa de notre art. 490, comme dans l'art. 775 du nouveau Code de procédure (loi du 21 mai 1858), une application de la règle posée dans l'art. 1166 du Code Napoléon. Les créanciers d'un failli ont évidemment intérêt à ce que le droit hypothécaire qui peut lui appartenir soit conservé par l'inscription : le syndic, qui les représente, doit donc veiller à ce que l'inscription soit prise, ou, à plus forte raison, à ce qu'elle soit renouvelée si elle a déjà été prise. — Le syndic, pour justifier de sa qualité, joint aux bordereaux un certificat du greffier qui constate qu'il a été nommé syndic de la faillite du créancier hypothécaire ou privilégié par un jugement rendu à telle date. Du reste, si le conservateur avait consenti à opérer l'inscription en l'absence de ce certificat, elle n'en serait pas moins valable. En effet, aux termes de l'art. 2148 du Code Napoléon, il n'est pas nécessaire que celui qui requiert l'inscription au nom du créancier hypothécaire ou privilégié représente au conservateur une procuration en règle : il suffit qu'il produise l'original ou une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque, avec deux bordereaux contenant les diverses énonciations qui doivent se retrouver dans l'inscription. Seulement le conservateur, ne connaissant pas la qualité du requérant, pourrait se refuser à opérer l'inscription.

(2) En effet, sauf le cas d'une reconnaissance ou vérification, faite en justice, de la signature apposée sur un acte sous seing privé, l'hypothèque judiciaire ne peut résulter que du jugement prononçant condamnation. Voy. l'excellent travail de M. Valette sur l'hypothèque judiciaire (*Revue de droit français et étranger*, t. VI, p. 976 et suiv.).

(3) Dans la séance du Conseil d'État, du 16 avril 1807, M. de Ségur de-

que, tant que la faillite subsiste, cette inscription ne saurait produire aucun des effets de l'hypothèque : ni le droit de préférence, puisqu'elle est prise au nom de la masse et ne peut dès lors faire passer avant les autres aucun de ceux qui y sont compris; ni le droit de suite, car le débiteur, étant dessaisi, ne peut consentir aucune aliénation, et celles qui sont faites par les syndics excluent par un autre motif le droit de suite, par ce motif que c'est la masse elle-même qui vend et que dès lors elle ne peut évincer les acquéreurs. Cependant l'art. 517 du nouveau texte qualifie le droit dont il s'agit d'*hypothèque ;* mais cet article se trouve dans la Section *Du concordat*, et il faut reconnaître que, s'il y a là un droit d'hypothèque, ce droit ne peut exister et produire les effets qui lui sont propres qu'après que la faillite est terminée et terminée par un concordat, comme je l'expliquerai quand nous serons arrivés à la matière du concordat (1).

mande s'il est possible et s'il convient de faire prendre des inscriptions au nom de la masse des créanciers; et M. Jaubert répond que, si l'on n'établissait pas cette règle, la masse pourrait n'être pas avertie des expropriations. Nous voyons la même idée exprimée par M. Pardessus : « Cette « inscription, dit-il, n'a pour objet que de rendre plus notoire l'état de « faillite, et d'empêcher que les immeubles ne soient vendus à l'insu et au « préjudice de la masse» (*Cours de droit commercial*, t. III, n° 1168). Enfin, dans un arrêt de la Cour de cassation, du 22 juin 1841, arrêt rendu à propos d'une espèce régie par le Code de 1808, il est dit que l'inscription prise en vertu de l'ancien art. 500 est par elle-même insuffisante pour créer une hypothèque au profit des créanciers purement chirographaires (Dev.-Car., 41, 1, 723).

(1) Je me borne à dire pour le moment que la jurisprudence la plus récente est contraire. En effet, on a jugé : 1° que les créanciers et légataires d'un défunt qui n'ont pas pris inscription dans les six mois conformément à l'art. 2111 du Code Napoléon seront primés sur les immeubles de la succession par les créanciers de l'héritier failli si le syndic s'est inscrit avant eux, ou, en d'autres termes, que l'inscription prise en vertu de notre art. 490 paralysera l'inscription prise en vertu de l'art. 2113 du Code Napoléon; 2° que, l'union étant dissoute, l'inscription prise en vertu de notre art. 490 dispensera les différents créanciers de la nécessité d'obtenir jugement et de prendre chacun une inscription nouvelle sur les biens présents et à venir du débiteur. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 29 décembre 1858 (Dev.-Car., 59, 1, 209), et l'arrêt de la Cour de Dijon, du 5 août 1862 (Dev.-Car., 62, 2, 544).

2° Les syndics doivent, aux termes de l'art. 468, requérir l'apposition des scellés, si elle n'a déjà eu lieu avant leur entrée en fonctions.

3° Ils doivent, aux termes de l'art. 471, se faire remettre les effets de portefeuille échus, afin d'en opérer le recouvrement; ceux à courte échéance, afin d'être à même d'en demander le paiement le jour de l'échéance, et, si le paiement est refusé, de faire constater ce refus le lendemain par un protêt; les effets susceptibles d'acceptation, car la demande d'acceptation est une mesure conservatoire. Cela est certain, puisque l'acceptation d'une lettre de change procure au porteur l'avantage d'avoir le tiré pour obligé et que le refus d'acceptation lui permet de demander une caution (1). Ces effets seront remis par le juge de paix aux syndics, mais après avoir été décrits par lui; il en dressera même un bordereau, qui sera remis au juge-commissaire. Quant aux autres créances, elles seront recouvrées par les syndics sur leur seule quittance (2).

La comparaison du second et du troisième alinéa de l'art. 471 peut faire naître une question : Les effets de portefeuille échus sont-ils compris dans le second ou dans le troisième alinéa de cet article? Le second alinéa ne parle que des effets de portefeuille à courte échéance; mais les effets échus y sont compris à plus forte raison : car les démarches à faire pour en opérer le remboursement doivent être considérées comme des actes conservatoires (3).

(1) Voy. l'art. 120 du Code de commerce.

(2) L'art. 463 du Code de 1808, après avoir parlé des effets de portefeuille, ajoutait : « Les agents recevront les autres sommes dues au failli, et sur « leurs quittances, qui devront être visées par le commissaire. » Le *visa* du juge-commissaire n'est plus nécessaire aujourd'hui.

(3) Je crois même qu'il faut appliquer le 2e alinéa aux simples billets ou aux expéditions d'actes authentiques constatant des créances du failli qui sont échues ou près d'échoir. *Les autres créances* dont parle le 3e alinéa sont seulement celles qui se trouvent constatées par des mentions faites sur les livres du failli ou celles dont il n'y a aucune preuve écrite : pour ces créances, le 2e alinéa est évidemment inapplicable. Mais, toutes les fois qu'il existe un billet ou une expédition, je ne vois pas pourquoi le juge de paix

4° Aux termes de l'art. 470, les syndics doivent continuer l'exploitation du fonds de commerce, lorsqu'elle ne pourrait être interrompue sans préjudice pour les créanciers. Les syndics se font autoriser à cet effet par le juge-commissaire. Pour l'hypothèse dont il s'agit, l'art. 469, n° 3, dit que les objets servant à l'exploitation du fonds de commerce doivent, toujours avec l'autorisation du juge-commissaire, être affranchis de la mise sous les scellés, ou en être extraits, et que ces objets doivent, dans tous les cas, être inventoriés avec prisée par les syndics, en présence du juge de paix, qui signera le procès-verbal. Ce sera une sorte d'inventaire spécial, qui sera dressé par anticipation pour ces objets (1).

5° S'il y a des objets sujets à dépérissement prochain ou à

ne procéderait pas à l'extraction et à la description dont parle le 2e alinéa: demander le paiement à échéance d'une créance quelconque, c'est toujours faire un acte conservatoire.

(1) Lorsque plus tard, après la levée des scellés, on dressera l'inventaire général, il sera fait récolement de ces objets qui, conformément à l'article 469, n'auraient pas été mis sous les scellés et auraient déjà été inventoriés et prisés (art. 480 *in fine*).

J'ai déjà dit un mot de cette autorisation que peut donner le juge-commissaire à l'effet de continuer l'exploitation du fonds de commerce (voy., ci-dessus, p. 104). La continuation ainsi autorisée par le juge-commissaire n'a qu'un caractère provisoire; il appartient seulement aux créanciers en état d'union de lui donner un caractère définitif (voy. l'art. 532). Il faut en conclure que les syndics, tant qu'ils continuent l'exploitation en vertu de la simple autorisation du juge-commissaire, ne doivent faire que des opérations aussi restreintes que possible. Comp. M. Alauzet, t. IV, n° 1731. — L'autorisation ainsi donnée par le juge-commissaire peut être attaquée soit par le failli, soit par les créanciers; mais elle conservera son effet jusqu'à la décision du tribunal. C'est du moins ce qu'enseigne M. Renouard (t. I, p. 479) : il invoque un passage du rapport fait par M. Tripier, au nom de la première Commission de la Chambre des pairs, où il est dit que le failli ne peut être privé du droit de s'opposer à une continuation d'exploitation qu'il estimera devoir être désastreuse. Je crois, en effet, qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'art. 453, portant que « les ordonnances du juge-« commissaire ne seront susceptibles de recours que dans les cas prévus « par la loi. » Dans l'opinion opposée, on pourrait, il est vrai, tirer de l'art. 532 *in fine* un argument *a contrario;* mais cet argument ne me paraît pas décisif. Voy., ci-dessus, p. 104, note 1 *in fine*.

dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver, les syndics devront se faire autoriser par le juge-commissaire à les vendre (1). Mais il résulte de l'art. 486 combiné avec l'art. 470 que le failli devra être entendu ou dûment appelé; et, aux termes du dernier alinéa de l'art. 469, les objets dont il s'agit devront être inventoriés de la même manière que ceux servant à l'exploitation du fonds de commerce. L'art. 469, n° 2, ne parle que des objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente; mais il faut évidemment y ajouter les objets dispendieux à conserver, qui sont compris dans l'art. 470, et qui, par la même raison, doivent être inventoriés immédiatement.

Les syndics ont une seconde catégorie d'attributions établies *dans l'intérêt commun des créanciers et du failli*. Cette seconde catégorie comprend des actes également urgents, mais qui, au lieu d'être *conservatoires*, sont *préparatoires :* ils tendent à mettre la faillite en état de suivre son cours, de recevoir une solution définitive. Ces actes sont relatifs en général à la vérification et à la constatation des éléments de l'actif et du passif. Toutes les opérations de la faillite tendent à recouvrer l'actif, à le convertir en numéraire, et à l'employer jusqu'à due concurrence à éteindre le passif; ce n'est qu'après que cette répartition complète est opérée que la faillite est liquidée. Or, un des premiers soins des syndics doit être de s'initier à la connaissance de l'actif et du passif, d'en rechercher et d'en réunir, comme je l'ai déjà dit, les éléments, et, par suite, si le débiteur n'a pas dressé et déposé son bilan, de le dresser eux-mêmes.

Quel moyen les syndics auront-ils de reconnaître l'actif et le passif? D'abord, ce sera l'examen des livres et papiers du failli.

(1) Il résulte du texte de la loi que le juge-commissaire a ici deux autorisations à donner : 1° il autorise les syndics à ne pas faire placer sous les scellés ou à en faire extraire les objets dont il s'agit; 2° il les autorise à faire vendre ces mêmes objets. De ces deux autorisations, la première implique la deuxième : en effet, si les objets ne sont pas placés sous les scellés ou en sont extraits, c'est parce qu'ils doivent être vendus.

En conséquence, ils se feront remettre les livres : ceux-ci devront être extraits des scellés, arrêtés par le juge de paix, qui constatera sommairement et par procès-verbal l'état dans lequel ils se trouveront (1).

Il y a certains documents, certaines pièces, qui se rattachent intimement aux affaires du failli, c'est sa correspondance : car la correspondance joue un très-grand rôle en matière commerciale (2). Donc, les syndics seront en droit de se faire remettre les lettres d'affaires adressées au failli : la connaissance de ces lettres est nécessaire à l'accomplissement de leur mandat. Mais il va sans dire qu'il ne s'agit là que des lettres d'affaires et non des lettres confidentielles ou de famille. Cette distinction n'est pas énoncée, elle est sous-entendue dans l'art. 471, dernier alinéa. Le failli, dit la loi, pourra, s'il est présent, assister à l'ouverture des lettres : c'est afin de se les faire remettre si elles sont étrangères à son commerce, à ses affaires (3).

Indépendamment de l'examen des livres et de la correspondance, les syndics auront encore un autre et meilleur moyen d'information; ce sera d'interroger le failli. Le failli connaît mieux que personne l'état de ses affaires : il pourra fournir les éclaircissements qu'exigent les énonciations qui se trouvent dans

(1) Art. 471, 1er alinéa.

(2) Aussi l'art. 8 *in fine* soumet-il tout commerçant à l'obligation de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit et de copier sur un registre celles qu'il envoie. Voy., de plus, les art. 12 et 109.

(3) A la séance de la Chambre des députés, du 18 février 1835, M. Lavielle a dit : « Je demande qu'il soit reconnu que le failli a droit de réclamer les lettres étrangères à son commerce. » M. Renouard, au nom de la Commission, a répondu : « C'est entendu. »

Aux termes d'une *Instruction générale sur le service des postes*, approuvée le 29 mars 1829 par le ministre des finances, les lettres adressées à un négociant déclaré en état de faillite doivent être remises aux syndics; elles leur seront remises sur la signification faite au directeur des postes du jugement déclaratif de faillite ou sur la remise à ce directeur d'un extrait en forme dudit jugement; cette remise aura lieu quand bien même il aurait été formé opposition, appel ou recours en cassation contre le jugement déclaratif de faillite, de la part du failli ou de toute autre partie intéressée (art. 524).

ses livres ou dans les lettres à lui adressées, et compléter ce qui y manque. C'est pourquoi, aux termes de l'art. 475, les syndics sont autorisés à appeler auprès d'eux le failli, pour faire avec lui l'examen de ses livres et papiers (1). L'art. 475 désigne cette opération par les mots : *clore et arrêter les livres,* mots qui sont pris ici avec un autre sens que dans l'art. 471. Dans ce dernier article il s'agit de la remise des livres aux syndics et de la constatation préalable de leur état par le juge de paix : il s'agit, par conséquent, d'une opération toute matérielle. On a employé dans l'art. 471 et dans l'art. 475 des expressions identiques, on a dit également *arrêter les livres;* on aurait mieux fait d'employer des expressions différentes pour désigner deux opérations si dissemblables en elles-mêmes (2).

(1) « Les syndics appelleront le failli auprès d'eux, pour clore et arrêter « les livres en sa présence » (art. 475, 1er alinéa). L'ancien art. 468 contenait la même disposition, mais seulement pour le cas où le failli avait obtenu un sauf-conduit.

(2) C'est une observation qui a été faite par tous les auteurs. Seulement, tous ne sont pas d'accord sur la nature précise de l'opération mentionnée dans l'art. 475, 1er alinéa. Ecoutons d'abord M. Renouard (t. 1, p. 488) :

« M. Laiuné propose d'interpréter ces mots : *clore et arrêter les livres*, par « ceux-ci : *clore les comptes et arrêter les écritures*. Sans cela, dit-il, il y aurait « double emploi avec l'art. 471, qui fait arrêter les livres par le juge de « paix. Je pense, en effet, qu'il s'agit d'arrêter les écritures, c'est-à-dire de « tracer une claire séparation entre les écritures du failli et celles du syn- « dicat, lesquelles peuvent sans inconvénient être continuées sur les mêmes « livres. L'obligation de clore les comptes n'est pas dans la loi et serait « excessive. Les syndics doivent clore les livres autant qu'ils le pourront; « on ne leur en a point imposé l'obligation expresse, qui eût été souvent « impossible à remplir. » Evidemment M. Renouard laisse subsister dans toute sa force l'objection qu'il a reproduite : s'il s'agit uniquement de tracer une séparation entre les écritures du failli et celles du syndicat, on ne voit pas ce que les syndics font de plus que le juge de paix.

M. Bédarride donne une explication bien plus satisfaisante, lorsqu'il dit (t. 1, nos 315 et 316) : « L'art. 475 fait un devoir aux syndics d'arrêter les « livres en présence du failli. S'agit-il dans cette circonstance de l'opéra- « tion matérielle déjà déférée au juge de paix? Evidemment, non : car, si « la loi n'avait eu en vue dans cet article que cette opération, sa disposi- « tion n'eût été qu'une véritable superfétation. La signature des syndics ne « pouvait ajouter plus d'authenticité à la formalité déjà remplie par un « magistrat. L'obligation imposée aux syndics n'eût donc constitué qu'une

Qu'arrivera-t-il si le failli ne se rend pas à l'invitation amiable qui lui est adressée par les syndics. Ils pourront le sommer par huissier de se présenter dans les quarante-huit heures (art. 475, 2e alinéa), et s'il n'obtempère pas à cette sommation, il sera susceptible d'être poursuivi comme banqueroutier simple (1). Du reste, il peut, d'après le 3e alinéa du nouvel art. 475, se présenter par l'entremise d'un fondé de pouvoir, s'il a pour cela des motifs reconnus valables par le juge-commissaire; il le peut, lors même qu'il aurait été maintenu en liberté ou qu'il lui aurait été accordé un sauf-conduit, tandis que, d'après l'ancien texte du Code, plus rigoureux à cet égard, il ne le pouvait que dans un cas de nécessité absolue, qu'autant qu'il était en état d'arrestation (2).

« perte de temps inutile. — Pour les syndics, clore et arrêter les livres ne « peut s'entendre que de l'obligation de balancer les comptes divers, arrê- « ter les soldes dus, fixer la position du failli à l'égard de ceux avec les- « quels il a traité; en un mot, extraire et constater les résultats de son « administration. — On comprend dès lors pourquoi la loi fait un devoir « aux syndics d'appeler le failli. Une opération de ce genre l'intéresse trop « vivement pour qu'il ne soit pas au moins mis en demeure de la suivre « pour en assurer l'exactitude. Son concours est, d'ailleurs, dans l intérêt « de tous. Des notes non encore transcrites peuvent exister, des rensei- « gnements sur telle ou telle opération peuvent être indispensables : lui « seul peut donner ces renseignements, rendre ces notes intelligibles, et « concourir ainsi à la certitude si désirable dans les opérations des syn- « dics. » Voy. aussi M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, no 444.

(1) Voy. l'art. 586, no 5.

(2) Il y a ici une inexactitude : l'ancien texte du Code n'était pas plus rigoureux à cet égard que la loi actuelle. En effet, l'art. 469 disait bien : « Le failli qui n'aura pas obtenu de sauf-conduit comparaîtra par un fondé « de pouvoir; à défaut de quoi, il sera réputé s'être absenté à dessein. » Mais l'art. 468, supposant que le failli avait obtenu un sauf-conduit, disait, ce qui paraît avoir échappé à M. Bravard : « Le failli pourra néanmoins « comparaître par fondé de pouvoir, s'il propose des empêchements jugés « valables par le commissaire. » — A l'inverse de ce que dit notre auteur, la loi nouvelle est plus rigoureuse que le Code de 1808 : car, d'après l'ancien texte, le failli, par cela seul qu'il n'avait pas obtenu de sauf-conduit, pouvait comparaître par un fondé de pouvoir, tandis que, d'après le nouvel art. 475, la règle est que même le failli qui n'a pas obtenu de sauf-conduit doit comparaître en personne, de sorte que la simple absence de sauf-conduit n'est plus considérée aujourd'hui comme une cause d'empêchement

— Les syndics auront un troisième moyen d'information : ils pourront se renseigner auprès de la femme, des enfants, des employés du failli, de ses principaux correspondants, de certains créanciers, et, en général, de toute personne qu'ils croiront en état de leur fournir des renseignements. Ils pourront même demander au juge-commissaire d'ouvrir une espèce d'enquête à cet égard, d'entendre ces personnes et de dresser un procès-verbal de leurs dires et déclarations : car le juge-commissaire y est autorisé par l'art. 477 (1).

C'est au failli, comme nous l'avons vu, qu'il appartient de dresser son bilan et de le déposer en faisant au greffe la déclaration de la cessation de ses paiements (art. 438 et 439). Mais, s'il a négligé de remplir cette formalité avant que le jugement déclaratif ait été rendu, qui aura qualité pour dresser le bilan ?

valable. Comp. MM. Renouard (t. I, p. 487), Bédarride (t. I, nos 320 et 321), Dalloz (*Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, no 447) et Alauzet (t. IV, no 1736).

(1) L'ancien art. 474 ne permettait pas au juge-commissaire d'interroger la femme et les enfants du failli. A cet égard, M. Renouard, dans son rapport, s'exprimait ainsi : « Introduite pour rendre hommage à la règle de « morale publique qui ferme l'oreille aux témoignages que l'on arrache- « rait à des personnes liées entre elles par tant de devoirs, la disposition du « Code manquait son effet dans bien des cas. Ne peut-il pas arriver que les « réponses de la femme et des enfants, loin de nuire au failli, puissent « servir à sa justification et à l'éclaircissement de ses affaires? Si d'ailleurs « quelque charge peut en résulter, rien n'empêche que la femme et les en- « fants s'abstiennent de répondre. » Malgré ces observations, la Chambre des députés, dans la séance du 18 février 1835, avait adopté un amendement de M. Lavielle, ainsi conçu : « Néanmoins la femme et les enfants « du failli ne pourront être interrogés, sauf au juge-commissaire à rece- « voir leurs déclarations volontaires. » Cet amendement se retrouve dans le second projet du Gouvernement, sauf que le mot *interrogés* y est remplacé par le mot *interpellés*. Mais la seconde Commission de la Chambre des pairs demanda la suppression de l'amendement : « Cette défense, disait « le rapporteur, a paru à votre Commission contraire à l'intérêt des créan- « ciers et à la découverte de la vérité. Souvent, dans le premier jour de la « faillite, le débiteur est absent; sa femme, ses enfants, qui ont partagé « avec lui les soins de son commerce, peuvent donner des renseignements « utiles. Que leurs déclarations soient écartées d'une procédure judiciaire, « cela est juste; mais doit-on priver les créanciers des lumières qu'ils « peuvent y trouver dans leur intérêt purement civil? » Là-dessus, l'amendement de M. Lavielle fut définitivement écarté.

Ce ne sera pas le failli, qui est dessaisi de l'administration de ses biens, et n'a plus, par conséquent, le droit ni la possibilité de le dresser; ce seront donc les syndics seuls (art. 476), et ils doivent y procéder immédiatement (même article). C'est la conséquence forcée de leur substitution au failli dans l'administration des biens : les biens, aujourd'hui, sont entre leurs mains, non entre celles du failli. Le failli ne pourra que fournir des renseignements aux syndics.

Si la faillite a été déclarée après le décès du débiteur, ou bien s'il est décédé depuis la déclaration de la faillite, mais que cette déclaration soit intervenue sans qu'il ait déposé son bilan, il faudra nécessairement appliquer la même règle, et dire que les syndics seront seuls compétents pour dresser le bilan, que la veuve, les enfants, les héritiers du failli pourront seulement, comme le pourrait leur auteur, s'il était vivant, fournir des renseignements. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 478. Cet article s'est servi d'expressions auxquelles on serait tenté, si on les prenait à la lettre, de donner plus de portée : car il dit que la veuve, les enfants, les héritiers, pourront se présenter ou se faire représenter pour suppléer leur auteur dans la formation du bilan (1). Il semblerait résulter de là que la veuve ou les héritiers seraient appelés eux-mêmes à dresser le bilan; mais cette conséquence est évidemment inadmissible, et serait en contradiction formelle avec l'art. 476, qui ne reconnaît qu'aux syndics qualité pour dresser le bilan quand le failli ne l'a pas déposé avant le jugement déclaratif. Le rôle des héritiers se réduira donc, comme se réduirait celui de leur auteur s'il était vivant, à fournir des renseignements.

Les syndics dresseront le bilan dans la même forme que celle prescrite pour le cas où il est dressé par le débiteur lui-même (2), et le déposeront au greffe.

(1) L'ancien art. 475 disait également que la veuve ou les enfants du failli pourront se présenter pour suppléer leur auteur dans la formation du bilan. Il ajoutait même : « A leur défaut, les agents procéderont. »

(2) Voy. l'art. 439, et, ci-dessus, p. 45 et suiv.

A l'aide de quels renseignements le dresseront-ils? J'ai déjà répondu à cette question : ils le dresseront à l'aide des livres et papiers du failli, des renseignements que leur fournira le failli et de ceux qu'ils pourront se procurer auprès de sa femme, de ses enfants, de ses commis et employés, de ses correspondants, de ses principaux créanciers, etc.

Je passe à un second ordre d'attributions conférées aux syndics : ces attributions sont *dans l'intérêt particulier du failli*. Elles sont de trois sortes :

1° Les syndics doivent dresser un état des vêtements, hardes, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille; et la remise en sera autorisée par le juge-commissaire (art. 469-1°). Ces objets ne seront donc pas mis sous les scellés, ou bien ils en seront extraits.

2° Les syndics proposeront la quotité de la somme qui devra être allouée au failli, à titre de secours alimentaire pour lui et pour sa famille, somme renfermée dans les limites indiquées par ces mots *secours alimentaire*. Ce seront donc seulement des moyens de subsistance qui devront être accordés au failli pour lui et pour sa famille. La quotité en sera proposée par les syndics et fixée par le juge-commissaire, sauf appel au tribunal de commerce, de la part du failli, s'il trouve le secours trop modique, et de la part des syndics, s'ils le trouvent trop élevé (1).

(1) Voy. l'art. 474.

Aux termes du Code de 1808, le failli ne pouvait obtenir le secours alimentaire qu'après l'union (ancien art. 530); aujourd'hui, au contraire, il peut l'obtenir presque immédiatement après le jugement déclaratif, et cette disposition est bien plus logique : en effet, comme le dit avec raison M. Bédarride (t. I, n° 308), « c'est surtout au début de la faillite, lorsque la famille « entière est sous le coup du désastre qui vient de la frapper, que la déli- « vrance de secours de tout genre est plus pressante et plus utile. » Et, d'un autre côté, comme le fait remarquer M. Renouard dans son rapport, « il vaut mieux accorder régulièrement au failli de faibles secours que de le « contraindre, sous peine de mourir de faim, à se faire lui-même sa part et « à se créer des ressources illégitimes. »

On s'est demandé quel devait être l'effet de la déclaration de faillite rela-

3° Les syndics auront à voir s'ils ne doivent pas demander un sauf-conduit pour le failli. Mais, en général, l'initiative de cette demande sera prise par le failli ou par le juge-commissaire ; et ce ne sera que subsidiairement et dans des cas assez rares que les syndics seront appelés à former eux-mêmes une

tivement à une pension alimentaire que le failli avait été condamné précédemment à payer à sa femme. La Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 14 juin 1853, que la faillite du mari laisse subsister la condamnation que la femme avait obtenue contre lui, et même l'hypothèque judiciaire qui en assurait l'exécution (Dev.-Car., 53,1,609). Mais il faut admettre sans difficulté que, la fortune du mari ayant diminué, le chiffre de la pension alimentaire doit être abaissé par contre-coup. En conséquence, les créanciers du mari, ou plutôt les syndics qui les représentent, seront fondés à intenter une action en réduction : le tribunal, en réduisant le chiffre de la dette, pourra aussi restreindre l'hypothèque judiciaire à tel ou tels immeubles, conformément à l'art. 2161 du Code Napoléon. Je crois que le tribunal entrerait même mieux dans l'esprit de la loi en mettant à néant la condamnation que la femme avait obtenue, et en la renvoyant à se faire allouer un secours conformément à notre art. 474. Voy. en ce sens M. Renouard, t. I, p. 486 et 487.

La loi dit que les secours alimentaires seront fixés, *sur la proposition des syndics*, par le juge-commissaire. Je crois que M. Bédarride se trompe sur le sens de cette disposition, lorsqu'il dit : « La loi laisse aux syndics le soin « honorable de provoquer une mesure que l'humanité commande ; mais il « y a dans cette initiative plus encore qu'une simple faculté... » (t. I, n° 309). La loi n'a point voulu dire que les syndics provoqueraient, proposeraient l'allocation d'un secours alimentaire : naturellement c'est le failli lui-même qui demandera qu'un secours lui soit alloué. Ce que la loi a dit, c'est que le chiffre du secours ne sera fixé par le juge-commissaire qu'après que celui-ci aura consulté les syndics. Les syndics n'ont donc point ici l'initiative dont parle M. Bédarride. Du reste, cette initiative qu'il suppose comme résultant de l'art. 474, il n'y tient pas beaucoup : car il ajoute presqu'immédiatement (n° 310) : « L'initiative des syndics n'est pas indispensable pour « qu'un secours soit accordé. Ainsi le failli peut s'adresser directement au « juge-commissaire. Dans ce cas, la décision à intervenir n'est rendue « qu'après que la demande a été communiquée aux syndics et sur les « observations dont ils la font suivre. » C'est effectivement de cette manière que les choses se passent toujours, et les rédacteurs de l'art. 474 n'ont nullement songé à indiquer une autre marche.

Lorsqu'il est question de soumettre au tribunal la décision du juge-commissaire, c'est par le failli lui-même ou contre lui que l'action est intentée : il s'agit évidemment ici d'une action *à lui personnelle*. Voy., ci-dessus p. 121 et 125.

demande de ce genre (1). — Dans quels cas y aurait-il lieu, soit pour les syndics, soit pour le juge-commissaire, à demander un sauf-conduit en faveur du failli ? Dans trois cas, où le failli lui-même aura également intérêt à le demander, savoir :

D'abord, lorsqu'il se trouvera déjà en état d'arrestation au moment du jugement déclaratif : car il devra y être maintenu par ce jugement (2) ;

En second lieu, quand il n'aura pas déclaré sa faillite et déposé en même temps son bilan : car alors le tribunal ne pourra pas l'affranchir de la mise en état d'arrestation (3) ;

Enfin, lorsque le tribunal, qui a un pouvoir discrétionnaire à cet égard, n'aura pas jugé à propos de l'en affranchir (4).

Du reste, comme je l'ai dit, habituellement l'initiative sera prise par le failli, qui est le plus intéressé à obtenir sa mise en liberté ; seulement, il aimera mieux s'adresser au juge-commissaire et le prier de proposer au tribunal de lui accorder un sauf-conduit.

Mais la mise en liberté du failli n'intéresse pas uniquement le failli lui-même ; elle intéresse également ses créanciers, qui auront ainsi plus de facilités pour obtenir de lui les renseignements dont ils ont besoin. Les syndics, d'ailleurs, pourront l'employer pour éclairer et faciliter leur gestion ; l'art. 488 les y autorise formellement. Enfin, le failli n'est pas tenu de consacrer gratuitement son temps à ses créanciers : il devra lui être accordé un salaire, qui sera fixé par le juge-commissaire, sur l'impartialité

(1) L'art. 472 dit que le juge-commissaire pourra proposer au tribunal la mise en liberté du failli avec sauf-conduit provisoire de sa personne ; et l'art. 473 ajoute que, faute par le juge-commissaire de proposer un sauf-conduit pour le failli, ce dernier pourra présenter sa demande au tribunal de commerce.

(2) Voy. le 1er alinéa de l'art. 456, et, ci-dessus, p. 119.

(3) Cela résulte également du 1er alinéa de l'art. 456. Voy., ci-dessus, p. 118.

(4) Même art. 456. Comp., ci-dessus, p. 117 et 118.

Dans ces deux derniers cas, il est possible que le failli ne soit pas réellement en état d'arrestation, parce qu'on n'a pas pu mettre la main sur lui. Un sauf-conduit pourrait néanmoins lui être accordé. Voy., ci-dessus, p. 149, note 2 *in fine*.

duquel on peut compter (1); ce salaire, qui constituera une ressource pour le failli, permettra de réduire à de moindres proportions le secours alimentaire qui doit lui être accordé. — A ces trois points de vue, la mise en liberté du failli importe donc à ses créanciers; et c'est pourquoi elle pourra être demandée subsidiairement par eux (c'est-à-dire par les syndics) et par le juge-commissaire, quoique la loi ne le dise pas.

Quant à la procédure, on n'a fait ici que se conformer au droit commun. Il y aura publicité pour l'instruction et pour les débats, comme pour le jugement; celui-ci devra être précédé d'un rapport du juge-commissaire (2). Que le tribunal accorde ou refuse le sauf-conduit demandé, il ne sera point lié par son jugement, et pourra ultérieurement retirer au failli sa liberté après la lui avoir accordée, ou la lui accorder après la lui avoir refusée, si les motifs qui avaient déterminé sa première décision viennent à cesser. Voilà pourquoi on dit *sauf-conduit provisoire* (3). De plus, le tribunal pourrait, s'il n'avait pas pleine

(1) Voici le texte de l'art. 488 : « Si le failli a été affranchi du dépôt, ou « s'il a obtenu un sauf-conduit, les syndics pourront l'employer pour faci- « liter et éclairer leur gestion; le juge-commissaire fixera les conditions « de son travail. » — D'après le Code de 1808 (art. 493), c'étaient les syndics qui fixaient les conditions du travail du failli.

(2) L'art. 473 *in fine* porte que le tribunal de commerce statuera, en audience publique, après avoir entendu le juge-commissaire. Les mots *en audience publique* ont été ajoutés par la seconde Commission de la Chambre des pairs. Bien que l'art. 472 ne dise rien de semblable, il faut admettre sans difficulté que le tribunal de commerce statuera toujours en audience publique, non-seulement dans le cas où la demande de sauf conduit est présentée par le failli, mais de même dans le cas où elle est présentée par le juge-commissaire (ou par les syndics).

(3) C'est ainsi que la disposition du jugement déclaratif de faillite qui affranchit le débiteur du dépôt ou de la garde de sa personne peut toujours, suivant les circonstances, être rapportée par le tribunal, même d'office (art. 456, 2e alinéa). — Rien ne s'oppose même à ce que le tribunal qui a d'abord accordé un sauf-conduit au failli, et qui l'a ensuite révoqué, finisse par en accorder un nouveau. Comp. M. Renouard, t. I, p. 484. — Je crois qu'il faut dire, en étendant un peu les termes de l'art. 583-2°, qu'aucun des jugements qui peuvent être rendus en cette matière n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation.

confiance dans le failli, ne lui accorder un sauf-conduit que pour ne pas léser les créanciers, et y mettre la condition qu'il fournira caution de se représenter, sous peine de payer une certaine somme que le tribunal arbitrera; cette somme, s'il ne se représente pas, sera dévolue à la masse (1).

Enfin, on peut se demander si le tribunal aura la faculté d'accorder un sauf-conduit au failli, dans le cas où, au moment du jugement déclaratif, il serait détenu à la requête d'un créancier. On en a douté, comme je l'ai déjà indiqué (2), à raison des termes du 1er alinéa de l'art. 456, ainsi conçu : « Lorsque le failli se « sera conformé aux art. 438 et 439, et ne sera point, au mo- « ment de la déclaration, incarcéré pour dettes ou pour autre « cause, le tribunal pourra l'affranchir du dépôt ou de la garde « de sa personne. » Mais cet article est étranger à la question du sauf-conduit : il ne concerne que la mesure à prendre par le jugement déclaratif même; et l'art. 472, spécial pour le sauf-conduit, ne le subordonne en aucune façon ni à la cause pour laquelle le failli aurait été incarcéré, ni à l'époque où il l'aurait été (3). D'ailleurs, les motifs qui ne permettent pas à un créancier de faire incarcérer le failli après le jugement déclaratif, ne lui permettent pas non plus de le retenir en prison, malgré la masse des créanciers et au détriment de cette masse (4).

Les syndics ont des attributions d'un troisième ordre, qui leur sont conférées *dans l'intérêt de la vindicte publique*. Ils doi-

(1) C'est ce que décide expressément l'art. 472 *in fine*. Lors même que la demande de sauf-conduit est présentée par le failli (art. 473), le tribunal pourrait également ne l'accorder qu'à charge par le failli de fournir caution.

(2) Ci-dessus, p. 150.

(3) Ce que M. Bravard dit de l'art. 472, il faut le dire également de l'art. 473.

(4) Lorsque le failli n'est pas incarcéré pour dettes, mais qu'il se trouve sous la main de la justice pénale, soit en vertu d'une condamnation, soit comme prévenu d'un crime ou d'un délit, il va de soi que le tribunal de commerce ne pourrait pas lui procurer sa liberté en lui délivrant un sauf-conduit.

vent rechercher et signaler au ministère public, s'ils en trouvent, les faits constitutifs du délit de banqueroute simple ou du crime de banqueroute frauduleuse (1).

Mais il faut ici envisager dans son ensemble le système de surveillance organisé par la nouvelle loi dans l'intérêt de la vindicte publique.

Cette surveillance appartient, en première ligne, aux officiers du ministère public. Aussi voyons-nous d'abord dans l'art. 459 que le greffier du tribunal de commerce doit adresser, dans les vingt-quatre heures, au parquet du procureur impérial, un extrait de tous les jugements déclaratifs de faillite, mentionnant les principales indications et dispositions qu'ils contiennent. De sorte que le ministère public sera instruit de l'existence de toute faillite dès qu'elle aura été déclarée, et qu'il sera ainsi mis en demeure et en mesure d'exercer son droit de surveillance (2).

En second lieu, les officiers du ministère public pourront, aux termes de l'art. 483, se transporter au domicile du failli, assister à l'inventaire, prendre communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite. Leur droit d'investigation est absolu (3).

En troisième lieu, pour faciliter l'exercice de ce droit de surveillance, la nouvelle loi, reprenant une règle déjà posée par l'ancienne, a voulu (art. 482) que, dans toute faillite, il fût dressé par les syndics un mémoire ou compte sommaire de l'état apparent de la faillite, de ses principales causes, des caractères qu'elle paraît avoir; que ce mémoire fût remis par les syndics au juge-commissaire, qui devra le transmettre immédiatement avec ses observations au parquet du procureur impérial. A cet

(1) Ainsi que les crimes ou délits qui peuvent être commis dans une faillite par d'autres que par le failli (voy. les art. 593 et suiv.).

(2) Le Code de 1808 ne contenait aucune disposition semblable.

(3) D'après l'art. 489 du Code de 1808, le *magistrat de sûreté* pouvait assister à la rédaction du bilan. Ceci a été changé en 1838, afin de prévenir toute espèce de conflit entre le juge-commissaire ou les syndics et les officiers du ministère public. Voy. M. Renouard, t. I, p. 503.

égard, la nouvelle loi a amélioré l'ancienne. D'après l'ancien texte, les syndics devaient adresser ce mémoire directement au parquet (1); et, de la sorte, le juge-commissaire ne pouvait pas en rectifier les inexactitudes, en remplir les lacunes, en signaler les exagérations, à moins que ce mémoire ne lui fût communiqué par le ministère public. De plus, les syndics ne mettaient pas beaucoup d'exactitude à transmettre ce mémoire au parquet, et le ministère public ne pouvait que difficilement, vu le nombre des faillites, vérifier si les syndics étaient ou non en retard et stimuler leur zèle. On a obvié à tous ces inconvénients en décidant que le mémoire devra passer, pour arriver au parquet, par la filière du juge-commissaire, qui pourrait, si le mémoire ne lui était pas remis dans le délai de quinzaine (2), en prévenir le ministère public (3), et même, au besoin, provoquer la révocation des syndics négligents (4).

La loi ne se contente même pas de la remise d'un seul mémoire. Elle exige qu'il en soit remis successivement trois, savoir : le premier, dans les quinze jours qui suivent le jugement déclaratif; le second, dans les quinze jours qui suivent la nomination des seconds syndics, laquelle doit avoir lieu quinzaine après le jugement déclaratif; le troisième, dans les quinze jours qui suivent le jugement qui, au début de l'union, maintient les seconds syndics ou les remplace dans leurs fonctions (5). C'est ce qui résulte de ces mots de l'art. 482 : « Les syndics, dans la « quinzaine de leur entrée ou de leur maintien en fonc« tions..... » (6).

(1) Voy. l'art. 488 du Code de 1808.

(2) D'après l'ancien texte, les agents, syndics provisoires et définitifs devaient remettre le mémoire au *magistrat de sûreté*, dans la huitaine de leur entrée en fonctions.

(3) C'est ce que dit positivement l'art. 482 *in fine*. — Le juge-commissaire doit toujours indiquer au procureur impérial les causes du retard; il peut y avoir des causes légitimes, non imputables aux syndics.

(4) Conformément à la règle générale de l'art. 467, 1er alinéa.

(5) Voy. l'art. 462, 1er et 3e alinéas, et l'art. 529.

(6) M. Renouard (t. 1, p. 501) estime que la loi n'exige pas que les trois

On ne pouvait pas laisser le juge-commissaire en dehors de la surveillance exercée dans l'intérêt de l'ordre public ; mais on ne devait l'y associer que dans une mesure appropriée à son caractère et à la nature de ses fonctions. Il n'y a rien de com-

mémoires soient successivement adressés au ministère public. Voici comment il s'exprime à cet égard : « Ne faut-il pas dire qu'un mémoire n'est « demandé qu'après la constitution première du syndicat définitif par no- « mination nouvelle ou par maintien des syndics provisoires, conformé- « ment à l'art. 462? Cette interprétation, quoique contrariée par la généa- « logie de l'art. 482 et par l'histoire de sa rédaction, me paraît d'accord « avec son texte. J'ajoute qu'en législation et en raison elle me paraît « aussi la meilleure. »

C'est là une interprétation qui a été généralement adoptée et que cependant il m'est impossible d'admettre. Non-seulement elle est contrariée, comme M. Renouard en convient lui-même, par la généalogie de l'art. 482 et par l'histoire de sa rédaction, mais elle n'est conforme ni au texte de cet article ni à la raison. Elle n'est pas conforme au texte : car la loi parle de *syndics nommés ou maintenus*, et ces expressions comprennent évidemment les trois classes de syndics qui peuvent se succéder dans l'administration d'une faillite; de plus, la loi dit que le juge-commissaire transmettra immédiatement *les mémoires*, ce qui montre bien qu'il n'y a pas un seul mémoire, qu'il y en a plusieurs pour chaque faillite. L'interprétation de M. Renouard n'est pas, non plus, conforme à la raison. En effet, d'une part, il importe que le ministère public soit instruit aussitôt que possible des causes et circonstances de la faillite et des caractères qu'elle paraît avoir, et par conséquent il est raisonnable que même les syndics provisoires rédigent un mémoire ou compte sommaire. D'autre part, il importe également que le ministère public soit tenu au courant des véritables caractères de la faillite, qui de jour en jour se révèlent davantage; et, par conséquent, il est raisonnable que les syndics définitifs rédigent un nouveau mémoire où seront complétées et rectifiées les énonciations que contenait celui des syndics provisoires, et qu'enfin à leur tour les syndics de l'union, qui doivent posséder tous les éléments de la faillite, en consignent le résultat dans un dernier mémoire.

J'admets seulement avec M. Renouard que, pour être en règle avec l'art. 482, il suffira que chacune des trois classes de syndics fournisse un mémoire, lors même que les individus composant cette classe auraient été renouvelés pendant qu'elle fonctionnait encore. Mais, d'un autre côté, dans la pratique on admet avec raison que, même dans le cas où les individus nommés syndics provisoires sont maintenus successivement comme syndics définitifs et comme syndics de l'union, ils peuvent très-bien, selon les circonstances, quand ils jugent utile de faire part au ministère public de certains faits restés inconnus plus ou moins longtemps, rédiger plus de trois mémoires. Comp. M. Laroque Sayssinel, 1re partie, p. 191.

mun entre le juge-commissaire et un juge d'instruction. Le juge-commissaire ne peut forcer personne à comparaître devant lui, il ne peut agir que par voie de persuasion; mais il est autorisé par l'art. 477 à faire une espèce d'enquête sur les causes et circonstances de la faillite, à entendre toutes les personnes qui ont à fournir des renseignements à cet égard, particulièrement celles qui se sont trouvées en rapport habituel avec le failli, telles que ses commis et employés, sa femme et ses enfants, et à dresser procès-verbal de leurs déclarations. Ces déclarations, au moins celles de la femme et des enfants, seront presque toujours favorables au failli, et il importe à ce dernier qu'elles soient reçues et constatées par le juge-commissaire, car elles pourront atténuer les accusations qui se seraient élevées contre lui et contribuer à lui faire obtenir plus facilement un concordat ou une déclaration d'excusabilité (1).

Nous avons vu les attributions *générales* des syndics. Passons maintenant à leurs attributions *spéciales*.

La première de ces attributions consiste à requérir la levée des scellés et à procéder à la confection de l'inventaire (2).

L'inventaire est un acte de la plus haute importance. En effet, d'une part, il est la constatation complète de l'actif et du passif, sauf que le passif sera soumis à une épuration par suite de la vérification des créances; d'autre part, la responsabilité des syndics ne commence qu'après la confection de l'inventaire, car c'est seulement après la confection de l'inventaire que l'actif est remis entre leurs mains, et ils s'en chargent par une déclaration inscrite au bas de cet acte (3).

Cela posé, voyons rapidement par qui et dans quelle forme l'inventaire doit être dressé.

(1) Voy., ci-dessus, p. 317.

(2) Art. 479. Voy., ci-dessus, p. 111, note 3.

(3) Art. 484. « L'inventaire terminé, les marchandises, l'argent, les titres « actifs, les livres et papiers, meubles et effets du débiteur, seront remis « aux syndics, qui s'en chargeront au bas dudit inventaire. »

Et d'abord par qui doit-il l'être? Par les syndics, — tandis qu'après l'ouverture d'une succession il l'est par les notaires (1). Mais les syndics, n'étant que de simples particuliers, n'ayant aucun caractère public, ne pourraient pas conférer à l'inventaire le caractère de l'authenticité. Voilà pourquoi la nouvelle loi veut que le juge de paix assiste à l'inventaire et le signe à chaque vacation (2). Cette disposition se trouvait déjà dans l'ancien texte (3). La présence du juge de paix est nécessaire par un autre motif, et cet autre motif explique pourquoi le failli doit aussi être présent ou dûment appelé (4) : c'est que les syndics se chargent de l'actif par une déclaration inscrite au pied de l'inventaire, et qu'ils ne peuvent être tout à la fois dépositaires et seuls certificateurs du dépôt. — Du reste, les syndics peuvent se faire assister par qui ils jugeront convenable, soit pour la rédaction de l'inventaire, soit pour l'estimation des effets (5).

On a prétendu (et il y a même dans ce sens une décision du président du tribunal de commerce de la Seine) que, si l'inventaire n'est pas précédé de l'apposition des scellés, la présence du juge de paix à l'inventaire n'est pas nécessaire; dans la pratique, il arrive assez souvent dans ce cas qu'il n'y assiste pas. Mais c'est un abus : car, que l'inventaire soit ou non précédé de l'apposition des scellés, il ne change ni de caractère ni d'objet. La signature du juge de paix est indispensable, dans tous les cas, pour conférer à l'inventaire le caractère de l'authenticité, et parce que les syndics ne peuvent être en même temps dépositaires et seuls certificateurs du dépôt. Il n'y a pas deux formes d'inventaire, il n'y en a qu'une, et tout inventaire pour lequel on n'a pas observé les prescriptions de l'art. 480 est irrégulier (6).

(1) Voy., ci-dessus, p. 111.
(2) Art. 480, 1er alinéa.
(3) Art. 486 *in fine*.
(4) Art. 479 *in fine*.
(5) Art. 480, 2e alinéa.
(6) J'ai déjà examiné la question (ci-dessus, p. 113, note), et je l'ai résolue dans le même sens que M. Bravard.

Quant à la forme de l'inventaire, il devra (ceci est de l'essence de tous les inventaires) contenir la description et l'estimation des objets. Mais, de plus, il devra être dressé en double minute : car il en faut une pour les syndics, qui en ont besoin à chaque instant, et elle restera entre leurs mains; il en faut une autre que les divers intéressés puissent consulter, et cette deuxième minute sera en conséquence déposée au greffe dans les vingt-quatre heures (1).

Quant aux immeubles, je n'ai pas besoin de dire qu'on ne les inventorie pas, on se borne à en dresser un état.

La loi nouvelle (2) s'est occupée d'un cas particulier, du cas où le débiteur aurait été déclaré en faillite après son décès. Elle a décidé que, si, avant le jugement déclaratif, il avait été fait un inventaire conformément au droit commun, cet inventaire suffirait. On en fera, quoique l'art. 481 ne le dise pas, deux expéditions, dont l'une restera entre les mains des syndics et l'autre sera déposée au greffe. — Mais, quand il n'aura pas encore été fait d'inventaire lors du jugement déclaratif, quelle est la forme que l'on suivra? Est-ce celle de l'inventaire après décès, ou bien celle de l'inventaire après faillite? On suivra la forme de l'inventaire après faillite (3), laquelle est plus économique.

Toutefois, si les héritiers veulent accepter sous bénéfice d'inventaire, si la veuve veut renoncer à la communauté ou, tout en l'acceptant, n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument (4), ces personnes ne seront-elles pas dans la nécessité de faire inventaire conformément au droit commun? On pourrait le prétendre, en se fondant sur ce que, voulant jouir d'un bénéfice du droit commun, elles doivent, ce semble, remplir la for-

(1) Art. 480, 1er alinéa.

(2) Art. 481.

(3) Cela résulte positivement du texte de l'art. 481, qui met sur la même ligne deux cas bien distincts en eux-mêmes, savoir : 1° le cas de déclaration de faillite après décès, lorsqu'il n'aura point été fait d'inventaire antérieurement à cette déclaration; 2° le cas où l'individu déclaré en faillite vient à mourir avant l'ouverture de l'inventaire.

(4) Code Nap., art. 794, 1456 et 1483.

malité à laquelle il est soumis d'après le droit commun, observer cette formalité telle qu'elle a été envisagée et consacrée par le droit commun (1). Mais je ne saurais admettre ce système : car, si l'inventaire, tel que l'a réglementé l'art. 480 du Code de commerce, offre la garantie que le droit commun a en vue, la différence de forme est sans importance. Quel est le but de l'inventaire prescrit par le Code Napoléon? C'est uniquement de prévenir les soustractions ou détournements d'objets mobiliers composant l'actif de la succession ou de la communauté. Or, en cas de faillite, le dessaisissement rend ces détournements impossibles : l'actif n'est pas entre les mains des héritiers ou de la veuve, mais entre les mains des syndics : il est, par conséquent, à l'abri de tout détournement que pourraient commettre la veuve et les héritiers. Il faut donc décider sans hésiter que, dans le cas de déclaration de faillite après décès (2), l'inventaire qui sera dressé conformément à la loi sur les faillites, suffira pour autoriser les héritiers à accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, et pour autoriser la veuve à répudier la communauté ou à limiter sa responsabilité à son émolument (3).

(1) D'autant plus que l'art. 794 du Code Napoléon suppose un inventaire fait *dans les formes réglées par les lois sur la procédure.*

(2) Et, à plus forte raison, dans le cas de décès du failli avant l'ouverture de l'inventaire.

(3) La doctrine de M. Bravard me paraît parfaitement exacte : de même que, comme l'indique clairement l'art. 481, l'inventaire fait conformément au droit commun antérieurement à la déclaration de faillite dispense de faire un nouvel inventaire conformément à l'article précédent, de même, en sens inverse, une fois qu'il y a eu inventaire dans la forme de la loi commerciale, il devient inutile d'en faire un nouveau, même au point de vue du droit civil. L'historique de notre art. 481 est bien favorable à cette décision. Ni dans le Code de 1808 ni dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834 il n'y avait aucune disposition analogue. La première Commission de la Chambre des députés, prévoyant le cas d'une faillite déclarée après la mort du débiteur, décida qu'un seul inventaire devrait être fait, mais que ce serait l'inventaire du droit civil. Après une longue discussion, la Chambre des députés, dans la séance du 18 février 1835, adopta un amendement de M. Persil, qui consistait à insérer, comme dernier alinéa de l'art. 480, la disposition suivante : « En cas de déclaration de faillite « après décès, lorsque l'inventaire n'aura point été fait antérieure-

La seconde attribution spéciale des syndics a pour objet, si l'on s'en rapporte à l'intitulé de la Section III, *la vente des marchandises et meubles et les recouvrements*. Mais cet intitulé dit tout à la fois trop et trop peu. Trop : car il semblerait qu'il s'agit là de la réalisation de tout l'actif mobilier ; or, il n'en est rien, on ne peut songer à réaliser l'actif tant qu'on a la perspective d'un concordat ; il ne s'agit là que de la vente de certains meubles et de certaines marchandises, qu'on ne pourrait se dispenser de vendre sans causer un préjudice à la masse, et qui sont indiqués dans l'art. 470. D'un autre côté, cet intitulé dit trop peu : car il ne fait pas mention des transactions, qui sont comprises dans cette Section.

Je vais expliquer successivement les trois sortes d'actes auxquels cette Section est consacrée. Ce sont : 1° les recouvrements; 2° les transactions ; 3° les ventes de certains meubles ou de certaines marchandises.

Quant aux recouvrements, c'est un acte d'administration proprement dite ; les syndics doivent s'en occuper dès leur entrée en fonctions (art. 471). Voilà pourquoi l'art. 485 dit que les syndics *continueront* de s'en occuper (1). — Les syndics ne pourraient

« ment à cette déclaration, il y sera procédé immédiatement, *dans les « formes du présent article.* » Cette disposition est devenue l'art. 481 de la loi actuelle, sauf deux additions qui y ont été faites, la première consistant à mettre sur la même ligne que le cas de déclaration de faillite après décès le cas de décès du failli avant l'ouverture de l'inventaire, et la deuxième consistant en ce que l'inventaire ne pourra être fait qu'*en présence des héritiers ou eux dûment appelés*, de sorte que les héritiers se trouvent avoir la même garantie que leur assure l'art. 942 du Code de procédure. Le législateur cherchant toujours, surtout en matière de faillite, à éviter les frais inutiles, nous sommes réellement autorisés à dire que l'inventaire ainsi fait commercialement remplace, à tous égards, l'inventaire notarié. C'est aussi l'opinion généralement suivie parmi les auteurs : voy. notamment M. Renouard, t. I, p. 495-497.

(1) L'art. 485 suppose que l'inventaire vient d'être terminé. « Les syn- « dics, dit-il, continueront de procéder, sous la surveillance du juge-com- « missaire, au recouvrement des dettes actives. » D'après le Code de 1808 (art. 492, 1er alinéa), les syndics, pour procéder au recouvrement, avaient besoin de *l'autorisation* du juge-commissaire.

pas accorder une remise à l'un des débiteurs du failli : car ils ne sont que des administrateurs de la chose d'autrui ; mais ils peuvent accorder aux débiteurs des facilités pour se libérer, des délais modérés, ils peuvent recevoir des paiements partiels, etc. Ils pourraient même, si l'un des débiteurs de la faillite était lui-même en faillite, consentir par le concordat qui lui serait accordé une réduction, au nom des créanciers de la faillite dont ils sont les syndics ; mais cela tient à ce que la réduction consentie par le concordat, bien qu'on la qualifie de *remise*, est plutôt un acte à titre onéreux qu'un acte à titre gratuit.

Je passe aux transactions. La transaction est un moyen de faciliter les recouvrements, en prévenant une contestation ou en la terminant par l'abandon que fait chacune des parties ou l'une d'elles de quelqu'une de ses prétentions (1). Mais, si la transaction a l'avantage que je viens d'indiquer, elle a des inconvénients plus graves encore : elle laisse aux syndics la possibilité, en supposant une contestation chimérique, d'avantager certaines personnes aux dépens de la masse, et, dans tous les cas, d'imposer à cette masse des sacrifices exorbitants ou non justifiés. Voilà pourquoi les rédacteurs du Code de commerce n'avaient pas conféré aux syndics le pouvoir de transiger : le pouvoir de transiger devait donc être refusé aux syndics sous l'empire du Code (2). Mais en 1838, tout en reconnaissant les inconvénients

(1) Les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur le point de savoir si la transaction suppose essentiellement sacrifice réciproque, abandon par chacun des contractants d'une partie de ses prétentions. Je suis disposé à croire, avec M. Bravard, qu'il peut y avoir transaction lors même que l'une des parties n'a renoncé en rien à ses prétentions. Ainsi vous prétendez que je vous dois 100 fr.; vous me menacez d'un procès, ou même vous l'intentez : je conviens de vous compter les 100 fr. Quel est l'acte qui intervient entre nous? C'est un *acquiescement*, si je me rends à votre prétention parce que je la reconnais fondée ; c'est une *transaction*, si j'aime mieux sacrifier 100 fr. plutôt que de plaider. Telle était la doctrine de Domat; telle est aussi la doctrine de M. Bigot Préameneu (*Exposé des motifs de la loi sur les transactions*, présenté au Corps législatif). Voy., en sens contraire, M. Duranton, t. XVIII, nos 391 et 392.

(2) En effet, les syndics ont un mandat conçu en termes généraux, et un

que je viens de signaler, on a pensé qu'il était possible de les prévenir, ou de les atténuer, ou de les neutraliser, et de conserver les avantages de la transaction. C'est dans ce but que le nouvel art. 487 a été rédigé (1). D'après cet article, les syndics peuvent être autorisés à transiger sur toute espèce de droits et actions, mobiliers ou immobiliers, mais avec des restrictions protectrices des intérêts du failli et de la masse :

D'abord, le failli doit toujours être entendu ou appelé; et, s'il s'agit de droits immobiliers, son opposition suffit pour empêcher la transaction (2);

mandat de cette espèce n'embrasse que les actes d'administration (C. Nap., art. 1988); or la transaction n'est certainement pas un simple acte d'administration. Comp. les art. 467 et 2045 du Code Napoléon.

(1) La disposition de cet art. 487 se trouve déjà, mais seulement en germe, dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834. Le projet ne permettait pas de transiger sur les contestations relatives à des droits immobiliers; même en matière mobilière, il ne reconnaissait de transaction obligatoire que celle qui avait été homologuée par le tribunal.

(2) Le second projet du Gouvernement, comme le projet primitif, refusait encore aux syndics le pouvoir de transiger sur des droits immobiliers. « Il nous a paru, est-il dit dans l'*Exposé des motifs*, qu'un pouvoir aussi « étendu dépasserait le cercle étroit de l'administration des syndics provi- « soires. En principe, le droit de transiger n'appartient qu'à ceux qui ont « le droit d'aliéner. Si le droit d'aliéner les biens mobiliers du failli est « une dépendance nécessaire du pouvoir d'administrer, il n'en est pas de « même du droit d'aliéner les immeubles : tout ce qui concerne l'aliéna- « tion des immeubles a été rejeté à dessein dans les pouvoirs des syndics « définitifs. » Pour comprendre ce passage, il faut avoir soin de remarquer que les expressions *syndics provisoires*, *syndics définitifs*, ont changé de signification : ceux que l'*Exposé des motifs* appelle *syndics provisoires* sont ceux que nous appelons aujourd'hui *syndics définitifs*, et ceux qu'il appelle *syndics définitifs* sont les *syndics de l'union* ou *troisièmes administrateurs*. L'idée du Gouvernement fut repoussée par la seconde Commission de la Chambre des députés, mais repoussée avec un tempérament qui devait lever tous les scrupules. Voici comment s'exprime le rapport fait au nom de cette seconde Commission : « Les syndics ont, même pendant l'admi- « nistration provisoire, le droit et le devoir de soutenir les contestations « relatives aux immeubles. Partout où le pouvoir de plaider existe, il est « convenable, il est nécessaire de placer le pouvoir de transiger. Cette au- « torisation, accordée avant qu'on soit arrivé à la délibération du concor- « dat, aura, pour éclairer et faciliter cette délibération, une utilité toute « spéciale, puisqu'elle pourra servir à fixer et à constater les éléments in-

En second lieu, lors même qu'il s'agirait de droits purement mobiliers, l'autorisation du juge-commissaire sera toujours indispensable, et le refus de cette autorisation rendrait impossible la transaction (1).

En troisième lieu, lorsque l'intérêt est d'une certaine importance, lorsqu'il est supérieur à 300 fr. ou indéterminé, il faut de plus l'homologation du tribunal (2). Mais quel sera le tribunal compétent pour cette homologation? Ce sera le tribunal saisi de la contestation, ou bien, si elle n'est pas encore élevée, le tribunal qui serait compétent pour en connaître. Du reste, l'art. 487 a exprimé cette idée en termes qui pourraient induire en erreur : car il fait dépendre la compétence du tribunal de la nature mobilière ou immobilière de l'objet sur lequel porte la contestation : quand l'objet serait mobilier, ce serait le tribunal de commerce qui serait compétent, et le tribunal civil quand l'objet serait immobilier. En cela, on a statué sur ce qui arrive

« certains et litigieux de l'actif et du passif de la faillite. Votre Commission « a cru devoir mettre une restriction : comme le failli ne peut être dé- « pouillé de la propriété de ses immeubles lorsqu'on ne sait pas encore s'il « sera remis ou non, par un concordat, à la tête de ses affaires, l'opposi- « tion du failli suffira pour empêcher une transaction qu'il trouverait « préjudiciable à ses droits. » C'est précisément le système qui a passé dans la loi.

Nous verrons que, les créanciers étant en état d'union, les syndics peuvent transiger sur les droits même immobiliers du failli, *nonobstant toute opposition de sa part* (art. 535).

(1) Voy., ci-dessus, p. 104 et 105.

(2) « Si l'objet de la transaction, dit la loi, excède 300 francs..... » Cette expression *l'objet de la transaction* doit être prise comme synonyme de celle-ci : *l'objet litigieux*. Il n'y a pas à considérer l'importance du sacrifice consenti par les syndics, mais l'importance de l'objet sur lequel on transige. Ainsi, les syndics, d'après les écritures du failli, croient pouvoir actionner un tiers pour une somme de 400 fr., et le tiers nie purement et simplement la dette; à titre de transaction, il est convenu que le tiers donnera 200 fr.: l'homologation du tribunal est nécessaire. Voy. en ce sens MM. Bédarride (*op.cit.*, t. II, n° 391) et Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 525).

A l'effet d'obtenir l'homologation, les syndics adressent une requête au tribunal; de plus, ils assignent le failli à comparaître devant ce même tribunal pour y voir homologuer la transaction.

le plus souvent : le plus souvent, en effet, pour les contestations relatives à des meubles, ce sera le tribunal de commerce qui sera compétent, et au contraire le tribunal civil pour des contestations relatives à des immeubles. Mais il peut arriver que la contestation, bien que relative à des immeubles, soit de la compétence du tribunal de commerce : supposez, par exemple, qu'il s'agit de faire annuler une vente d'immeubles comme ayant été conclue depuis la cessation des paiements et avec connaissance par l'acheteur de cette cessation : ce serait alors au tribunal de commerce qu'il appartiendrait d'homologuer la transaction. De même, à l'inverse, il se pourrait qu'une contestation relative à des objets mobiliers, purement mobiliers, fût de la compétence du tribunal civil, — comme, par exemple, si elle était relative à des droits dans une succession mobilière, et alors ce serait au tribunal civil que l'homologation devrait être demandée. Voilà en quel sens il faut entendre, conformément aux principes généraux, ce qui est dit dans l'art. 487 au sujet des droits mobiliers ou immobiliers (1).

Je passe au troisième acte compris dans cette Section, à la *vente de certaines marchandises et de certains meubles*. Il ne s'agit pas ici, comme je l'ai déjà dit (2), de la vente générale du mo-

(1) Cette observation bien simple n'avait encore été faite, à ma connaissance, par aucun auteur.

— Déférer à mon adversaire, dans le cours d'un procès, le serment décisoire, c'est lui offrir de transiger : comme le dit très-bien le jurisconsulte Paul, *jusjurandum speciem transactionis continet* (L. 2, Dig., *De jurejurando*). En conséquence, les syndics ne défèrent valablement le serment décisoire qu'en se soumettant aux mêmes conditions qui leur sont prescrites pour transiger. C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de Paris, par un arrêt du 20 février 1844 (Dev.-Car., 44, 2, 638).

Compromettre, c'est-à-dire convenir qu'un procès sera jugé par des arbitres, c'est autre chose que transiger. De ce que la loi a permis aux syndics de transiger, il ne faut donc point conclure qu'elle leur a permis de compromettre. Comme le tuteur, les syndics peuvent transiger; comme le tuteur aussi, ils ne peuvent absolument pas compromettre. Voy. en ce sens MM. Bédarride (t. II, n° 395) et Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 534).

(2) Ci-dessus, p. 331.

bilier, il s'agit de la vente de certains objets qui ne pourraient être conservés sans dommage pour la masse, tels que les objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente et les objets dispendieux à conserver. Du reste, quand même il s'agirait d'objets n'ayant pas ce caractère, les syndics pourraient se faire autoriser à les vendre s'il le fallait absolument pour se procurer les fonds indispensables aux opérations de la faillite (1).

Relativement aux ventes dont il s'agit ici, les syndics ne peuvent y procéder qu'après avoir obtenu l'autorisation du juge-commissaire et qu'après que le failli a été entendu ou appelé (2).

C'est au juge-commissaire qu'il appartient de décider si la vente se fera aux enchères ou à l'amiable, et par le ministère de quelle classe d'officiers publics. Mais ce sera aux syndics à choi-

(1) Voy. MM. Renouard (t. I, p. 505), Bédarride (t. II, nos 373 et 374) et Alauzet (t. IV, no 1746).

(2) Art. 486, 1er alinéa. Ce texte dit, aussi formellement que possible, qu'il appartient au juge-commissaire d'autoriser les syndics à procéder à la vente des effets mobiliers ou marchandises. Mais alors comment s'expliquer la disposition de l'art. 583, qui déclare non susceptibles d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation, les *jugements* qui autorisent à vendre les effets ou marchandises appartenant à la faillite? Le *jugement*, c'est une décision du tribunal; or, d'après notre art. 486, c'est le juge-commissaire et non pas le tribunal qui autorise la vente dont il s'agit. Je crois que l'art. 583 se réfère au cas où une partie intéressée a formé opposition pardevant le tribunal à ce qu'il fût procédé à la vente déjà autorisée par le juge-commissaire (voy., ci-dessus, p. 104, note 1 *in fine*) : le tribunal ayant maintenu l'autorisation donnée par le juge-commissaire, la loi exclut toute voie de recours contre son jugement. Cependant M. Bédarride (t. II, no 376) considère la décision du juge-commissaire comme n'étant jamais susceptible d'aucun recours.

Il est certain qu'en principe la vente faite par les syndics sans autorisation du juge-commissaire devrait être annulée. Toutefois la Cour d'Agen a validé une vente ainsi faite par un seul des syndics sans autorisation du juge-commissaire; elle l'a validée parce que le syndic se trouvait dans un cas où il y avait péril en la demeure et impossibilité d'obtenir assez vite l'autorisation prescrite par la loi. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 7 novembre 1848 (Dev.-Car., 49, 1, 109).

sir dans cette classe celui qui en sera chargé, car c'est là un acte d'administration; et les syndics seront responsables du choix qu'ils auront fait (1).

(1) Voy. l'art. 486, 2e et 3e alinéas. Sous l'empire du Code de 1808, les syndics pouvaient procéder à la vente, soit par la voie des enchères publiques, par l'entremise des courtiers et à la bourse, soit à l'amiable, *à leur choix* (ancien art. 492, 2e alinéa).

La Cour de cassation a fait récemment (7 août 1862) une application assez remarquable de cette règle que le juge-commissaire est libre de décider que la vente se fera aux enchères publiques ou qu'elle se fera à l'amiable, et qu'il n'y a pas même besoin de consulter le failli à cet égard. Dans la faillite d'un sieur F., le juge-commissaire avait autorisé le syndic à vendre aux enchères, devant notaire, le fonds de commerce dépendant de la faillite, les marchandises qui le composaient et le droit au bail; mais, aucun enchérisseur ne s'étant présenté, le syndic avait vendu à l'amiable, avec l'autorisation du juge-commissaire, les divers objets mis en adjudication. Plusieurs créanciers de la faillite demandaient la nullité de la vente, par le motif qu'elle avait été conclue sans le concours et l'approbation du failli. La vente fut successivement reconnue valable par le tribunal de commerce de Nantes et par la Cour de Rennes; et enfin la Cour de cassation, « Attendu « que le failli avait signé conjointement avec le syndic la requête sur la- « quelle le juge-commissaire avait autorisé la vente des marchandises et « du fonds de commerce par adjudication publique; que par là il avait été « satisfait à la disposition de l'art. 486 du Code de commerce, prescrivant « au juge-commissaire d'entendre ou d'appeler le failli avant d'autoriser la « vente; — Attendu, à la vérité, que, les enchères n'ayant pas couvert la « mise à prix, le syndic a procédé à une vente amiable, approuvée postè- « rieurement par le juge-commissaire, sans que le failli eût été de nou- « veau entendu ni appelé; mais que, le choix du mode de vente apparte- « nant au juge-commissaire, le texte ni l'esprit de la loi n'imposaient pas « l'obligation d'admettre ou d'appeler le failli à se faire entendre sur la « substitution d'un mode de vente à un autre, » rejette le pourvoi (Dev.-Car., 62, 1, 782).

Il faut évidemment reconnaître, en présence de notre art. 486, qu'il n'appartient qu'au juge-commissaire d'autoriser la vente et d'en régler le mode. La Cour de Paris a consacré ce principe dans des circonstances assez curieuses. Un propriétaire, non payé de ses loyers, avait exercé des poursuites contre son locataire; une première ordonnance de référé avait accordé à celui-ci trois mois pour se libérer; une deuxième ordonnance de référé lui avait accordé un mois pour vendre son fonds de commerce et ses marchandises, et, pour le cas d'inexécution, avait subrogé le propriétaire dans le droit d'opérer cette vente. Sur ces entrefaites, le locataire est déclaré en faillite : d'une part, le syndic se fait autoriser par le juge-commissaire à vendre le fonds et les marchandises; d'autre part, le propriétaire

— Cette Section se termine par un article fort important et qui constitue une des innovations les plus heureuses de celles faites en 1838. D'après le Code de commerce, les deniers provenant des ventes et recouvrements, et finalement de la réalisation gé-

obtient du président du tribunal, statuant en référé, l'autorisation de faire procéder à la vente devant notaire et la nomination d'un séquestre judiciaire. C'est alors que la Cour de Paris, saisie de la difficulté, décide, par un arrêt du 4 janvier 1849, que les poursuites en vertu de l'ordonnance de référé seront discontinuées et que le séquestre sera tenu de se retirer (Dev.-Car., 49, 2, 155).

Notre art. 486, 2e alinéa, dit positivement que le juge-commissaire décide si la vente se fera par l'entremise de courtiers ou de tous autres officiers publics préposés à cet effet. Est-ce que le juge-commissaire peut librement choisir parmi tous les officiers publics qui ont, en général, qualité pour procéder aux ventes d'objets mobiliers? A cet égard, il faut distinguer entre les *marchandises* et le *mobilier* du failli. Voici, en effet, ce que nous lisons dans la loi du 25 juin 1841 *sur les ventes aux enchères de marchandises neuves* (art. 4) : « Les ventes de marchandises après faillite seront « faites, conformément à l'art. 486 du Code de commerce, par un officier « public de la classe que le juge-commissaire aura déterminée. Quant au « mobilier du failli, il ne pourra être vendu aux enchères que par le mi- « nistère des commissaires-priseurs, notaires, huissiers ou greffiers de jus- « tice de paix, conformément aux lois et règlements qui déterminent les « attributions de ces différents officiers. » En conséquence, s'il s'agit de marchandises, le juge-commissaire peut décider que la vente sera faite par le ministère d'un courtier, ou par le ministère d'un commissaire-priseur, ou, à défaut de commissaire-priseur, par celui d'un notaire, d'un huissier ou d'un greffier ; s'il s'agit du mobilier du failli, le juge-commissaire ne pourrait pas décider qu'il sera procédé à la vente par un courtier. Voy., en ce sens, M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 481). La Cour de cassation a consacré, du moins pour partie, cette doctrine, en décidant, par un arrêt de cassation, du 5 janvier 1846, que, dans les localités où il existe des commissaires-priseurs, les huissiers ne peuvent pas être désignés par le juge-commissaire pour procéder à la vente des marchandises : suivant la Cour, la loi du 27 ventôse an IX et celle du 28 juin 1813, portant création des commissaires-priseurs, non plus que l'art. 37 du décret du 14 juin 1813, n'ont point été modifiés par notre art. 486 ni par la loi du 25 juin 1841, en ce sens que les notaires, huissiers ou greffiers pourraient être désignés concurremment avec les commissaires-priseurs (Dev.-Car., 46, 1, 144).

Lorsque le juge-commissaire a désigné les officiers publics parmi lesquels les syndics auront à choisir celui qui procédera à la vente, c'est là une ordonnance qui, aux termes de l'art. 453, n'est pas susceptible de recours. Mais, comme le remarque M. Renouard (t. 1, p. 511), si la désignation faite par le juge-commissaire était contraire à la loi, le recours

nérale de l'actif, restaient entre les mains des syndics. Le Code de commerce (art. 496) disait bien qu'ils seraient déposés dans une caisse à double serrure, dont une des clefs devait être remise au plus âgé des agents ou syndics, et l'autre à celui d'entre les créanciers que le commissaire préposait à cet effet; mais cette caisse n'existait dans aucune faillite, et d'ailleurs, si cet expédient était de nature à assurer la conservation des deniers de la faillite, il ne les rendait pas productifs d'intérêts au profit de la masse (1). Les rédacteurs de la loi de 1838 ont atteint à la fois ce double but, en décidant par l'art. 489 que les deniers de la faillite, déduction faite des sommes nécessaires à l'administration (lesquelles sommes sont arbitrées par le juge-commissaire), seraient versés dans la Caisse des dépôts et consignations, où, conformément aux statuts de cette Caisse, ils seront productifs d'intérêts au profit de la masse, à raison de 3 pour 100, soixante jours après celui du versement (2). Les auteurs de la loi de 1838

serait ouvert devant le tribunal de commerce; et même il résulte de l'article 583 *in fine* que la décision du tribunal serait susceptible d'appel.

Remarquons enfin que l'officier public qui procède à la vente des marchandises de la faillite peut toujours les vendre en détail et à la pièce : l'art. 6 de la loi du 25 juin 1841, d'après lequel ce sont seulement les ventes publiques aux enchères de marchandises en gros qui sont faites par le ministère des courtiers, cet article n'est pas applicable ici. C'est ce que la Cour de Bourges a reconnu par un arrêt du 10 juin 1844 (Dev.-Car., 45, 2, 532).

(1) M. Bravard oublie de mentionner la disposition de l'ancien art. 497, qui était ainsi conçu : « Toutes les semaines, le bordereau de situation de « la caisse de la faillite sera remis au commissaire, qui pourra, sur la de- « mande des syndics et à raison des circonstances, ordonner le versement « de tout ou partie des fonds à la Caisse d'amortissement, ou entre les mains « du délégué de cette Caisse dans les départements, à la charge de faire « courir au profit de la masse les intérêts accordés aux sommes consignées « à cette même Caisse.» L'art. 2, n° 11, de l'Ordonnance du 3 juillet 1816, *relative aux attributions de la Caisse des dépôts et consignations créée par la loi du 28 avril* 1816, mentionne expressément comme devant être versés dans ladite Caisse « les deniers provenant des ventes de meubles et mar- « chandises des faillis et de leurs dettes actives, dans le cas prévu par « l'art. 497 du Code de commerce. »

(2) Voy. l'art. 14 de l'Ordonnance, déjà citée, du 3 juillet 1816.

ont même poussé la précaution plus loin : ils ont décidé que les versements seraient faits par les syndics dans les trois jours des recettes, et qu'en cas de retard les syndics seraient passibles des intérêts envers la masse (1).

Je passe à une dernière attribution qu'on a confiée aux syndics, dans cette période de la faillite qui nous a occupé jusqu'ici, à la plus importante de toutes leurs attributions : je veux parler de la *vérification des créances*, laquelle, comme nous le verrons, doit être accompagnée ou suivie de l'*affirmation*.

Cette formalité, qui est inconnue en droit civil, est particulière à la matière des faillites. Il faut y voir tout à la fois la sanction et le complément des nullités également propres à cette matière. C'en est la sanction : car elle en assure l'application ; elle fait que tous les intéressés seront appelés à examiner s'il y a lieu de demander ces nullités et pourront, à défaut des syndics, les demander eux-mêmes. C'est donc une garantie de plus qu'aucun acte n'échappera à la nullité dont il est frappé. D'un autre côté, c'est là un complément du système des nullités de plein droit : car, après la vérification, chaque créancier sera tenu d'affirmer qu'il est créancier sincère et véritable, alors même que sa créance n'aurait été contestée par personne : le créancier est demandeur en vérification, et, — par dérogation au droit commun, d'après lequel les créanciers n'ont qu'à produire leurs titres, sauf à celui

(1) Bien entendu, il ne s'agit pas seulement d'intérêts à 3 p. 100, mais d'intérêts au taux légal.—De plus, ainsi qu'on l'a dit dans la discussion, s'il y avait de la part des syndics une malversation et non pas un simple retard, ils pourraient être poursuivis correctionnellement, par application de l'art. 596.

Il résulte encore de l'art. 489 que les deniers versés à la Caisse des dépôts et consignations pour compte de la faillite ne peuvent être retirés qu'en vertu d'une ordonnance du juge-commissaire; que, s'il existe des oppositions (qu'auraient formées par exemple des créanciers privilégiés), les syndics devront préalablement en obtenir la main-levée; enfin, que le juge-commissaire peut ordonner que le remboursement sera fait par la Caisse directement entre les mains des créanciers de la faillite, sur un état de répartition dressé par les syndics et ordonnancé par lui.

qui prétendrait que le titre n'est pas sincère à le prouver, — ici chaque créancier doit établir la sincérité de sa créance, la corroborer par son affirmation. En effet, s'il refuse d'affirmer, il est par cela seul présumé renoncer à ses droits et rayé de la liste des créanciers de la faillite ; s'il affirme, au contraire, et que sa créance soit reconnue fausse, il est passible de la peine des travaux forcés (art. 593-2°) : il est donc placé dans l'alternative, si sa créance n'est pas sincère, ou d'y renoncer en n'affirmant pas, ou, en affirmant, d'encourir la peine des travaux forcés. Il y a donc là pour la masse une garantie efficace (1).

(1) Nous voyons *l'affirmation* déjà exigée dans une Déclaration du 11 janvier 1716, où nous lisons ce qui suit : « Défendons à toutes personnes « de prêter leurs noms pour aider ou favoriser les banqueroutes frauduleuses, en divertissant les effets, acceptant des transports, ventes ou dotations simulés, et qu'ils sauront être en fraude des créanciers, ou se « déclarant créanciers ne l'étant pas, ou pour plus grande somme que celle « qui leur est due, ou en quelque sorte et manière que ce puisse être. « Voulons qu'aucun particulier ne se puisse dire et prétendre créancier, « et, en cette qualité, assister aux assemblées, former opposition aux « scellés et inventaires, signer aucune délibération ni aucun contrat d'atermoiement, qu'après avoir affirmé, dans l'étendue de la ville, prévôté et « vicomté de Paris, par-devant le prévôt de Paris ou son lieutenant, et « par-devant les juges et consuls, dans les autres villes du royaume où il « y en a d'établis, que leurs créances leur sont bien et légitimement dues « en entier, et qu'ils ne prêtent leurs noms directement ou indirectement « au débiteur commun ; le tout, sans frais. Voulons aussi que ceux des « prétendus créanciers qui contreviendront aux défenses portées par ces « présentes soient condamnés aux galères à perpétuité ou à temps, suivant « l'exigence des cas, outre les peines pécuniaires contenues en l'Ordonnance de 1673 ; et que les femmes soient, outre les peines exprimées « par ladite Ordonnance, condamnées au bannissement perpétuel ou à « temps. »

Quant à la *vérification des créances*, le principe s'en trouve dans une Déclaration du 13 septembre 1739, ainsi conçue : « Les abus et les fraudes « qui se sont introduits depuis quelques années dans les bilans des négociants, banquiers et autres qui ont fait faillite, au préjudice des sages « dispositions de l'Ordonnance de 1673 et de nos différentes Déclarations « rendues à ce sujet, ayant causé dans le commerce un dérangement notable, nous avons cru devoir chercher l'origine de ce désordre pour en « arrêter le progrès, soit de la part du créancier, soit de celle du débiteur, « l'un étant souvent simulé, et l'autre, par des manœuvres aussi odieuses « que criminelles, forçant les vrais créanciers à signer et accepter des pro-

La double formalité de la vérification et de l'affirmation des créances est-elle imposée à tous les créanciers indistinctement, ou bien y en a-t-il qui en sont affranchis? La règle, c'est que tous les créanciers doivent faire vérifier et affirmer leurs créances; mais elle ne s'applique pas à certains créanciers, qui sont en dehors de la faillite, aux créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles et aux créanciers nantis (1). Du reste, comme

« positions injustes. Et, comme nous avons reconnu que ces abus viennent « principalement de ce que, par les procédures qui se font à l'occasion des « faillites, les faux créanciers, compris dans les bilans avec les légitimes, « s'exposent plus volontiers à faire leur affirmation parce qu'ils ne sont « point connus des juges; au lieu que, s'ils paraissaient devant les juges et « consuls, qui, par leur état, sont plus particulièrement instruits des affaires « du commerce et de la réputation de ceux qui se disent créanciers, « les bilans seraient examinés de manière à être affranchis de toute « fraude.....

« A ces causes.....

« Voulons et nous plaît : que, dans toutes les faillites et banqueroutes « ouvertes ou qui s'ouvriront à l'avenir, il ne soit reçu l'affirmation d'aucun « créancier, ni procédé à l'homologation d'aucun contrat d'atermoiement, « sans qu'au préalable les parties se soient retirées devers les juges et « consuls, auxquels les bilans, titres et pièces seront remis pour être vus « et examinés sans frais par eux, ou par des anciens consuls et commer- « çants qu'ils commettront à cet effet, du nombre desquels il y en aura « toujours un de même commerce que celui qui aura fait faillite; et devant « lesquels les créanciers de ceux qui seront en faillite ou banqueroute se- « ront tenus, ainsi que le débiteur, de comparaître et de répondre en « personne, ou, en cas de maladie, absence ou légitime empêchement, par « un fondé de procuration spéciale; dont du tout sera dressé procès-verbal, « sans frais, par les juges et consuls, ou ceux qui seront commis par eux; « la minute duquel restera jointe au bilan du failli, qui sera déposé au « greffe des juridictions consulaires..... Voulons que, faute par les créan- « ciers et débiteurs de se conformer aux présentes..., les créanciers soient « déchus de leurs créances et les débiteurs poursuivis extraordinairement « comme banqueroutiers frauduleux. »

(1) Les expressions qu'emploie ici M. Bravard ne rendent pas complétement sa pensée. En s'en tenant strictement à ces expressions, il faudrait dire que le créancier qui a privilége sur un certain meuble, privilége non fondé sur le nantissement, comme par exemple le créancier qui a fait des frais pour la conservation de la chose (C. Nap., art. 2102-3°), est soumis à la formalité de la vérification et de l'affirmation. Or telle n'est certainement pas la pensée de notre auteur : car on va voir dans un instant que,

ces créanciers ne peuvent savoir d'avance si le prix que produira la vente de l'objet affecté à leur sûreté suffira pour les désintéresser, et que pour l'excédant ils ne seront que des créanciers ordinaires, la prudence leur conseillera toujours de faire à tout événement vérifier et affirmer leurs créances : car, faute de l'avoir fait, ils ne pourraient réclamer de dividendes dans la masse (1).

suivant lui, parmi les créanciers privilégiés ceux-là seuls sont soumis à la double formalité dont il s'agit qui ont un privilége général.

(1) Cette doctrine, d'après laquelle le créancier qui se présente comme hypothécaire ou comme privilégié est affranchi de la double formalité de la vérification et de l'affirmation, cette doctrine est repoussée par la jurisprudence et par tous les auteurs. Je crois, en effet, que M. Bravard commet ici une confusion. Sans doute, une fois qu'il est constant que Paul est créancier hypothécaire ou privilégié, Paul se trouve en dehors de la faillite; mais ce n'est pas à dire que, par cela seul qu'un homme se présente comme créancier hypothécaire ou privilégié, la masse de la faillite cesse de pouvoir invoquer les règles destinées à garantir qu'elle ne sera pas victime de titres nuls ou supposés. En un mot, celui-là seul est en dehors de la faillite qui a justifié de sa qualité de créancier hypothécaire ou privilégié; mais cette justification ne peut se faire que conformément à nos art. 491 et suiv. Voici, au surplus, les considérations que je trouve développées en ce sens par la Cour de Bordeaux (arrêt du 19 mars 1860) :

« La situation d'un débiteur, à l'égard de chacun de ses créanciers, ne résulte pas toujours d'une manière exacte, soit des actes publics qu'il peut avoir passés, soit des actes sous seing privé qu'il a souscrits, soit même de ses livres : cela est vrai surtout lorsque le débiteur est tombé en faillite, parce que la faillite est souvent le résultat du désordre et n'est pas toujours exempte de mauvaise foi. La vérification des créances en commun, où chacun est le contrôleur de tous et où tous sont les contrôleurs de chacun, et l'affirmation des créances, sont les garanties que la loi a données aux créanciers. Ces garanties ne sont pas moins nécessaires vis à vis des créanciers privilégiés ou hypothécaires que vis à vis des créanciers chirographaires : le privilége et l'hypothèque ne sont que des accessoires de la créance, qui ne peuvent pas exister indépendamment de l'obligation personnelle; pour être garantie par un privilége ou par une hypothèque, l'obligation n'en est pas plus certaine et sa qualité mieux déterminée. Le dénantissement du failli embrasse tout ce qu'il possède, ses immeubles comme ses meubles, ses valeurs affectées de privilége ou d'hypothèque comme ses valeurs libres; la masse chirographaire s'appauvrit de tout ce que prélèvent les créanciers munis d'un privilége ou d'une hypothèque : la masse chirographaire est donc tout aussi intéressée à la vérification et à l'affirmation des créances privilégiées ou hypothécaires qu'à la vérification

Mais ici se présente une question qui peut être diversement envisagée et résolue. Les créanciers ayant un privilége général sur les meubles seront-ils affranchis de la vérification et de l'af-

et à l'affirmation des créances chirographaires. Il est même vrai de dire qu'elle y a plus d'intérêt : car le créancier chirographaire, mal à propos admis au passif, serait obligé de se contenter d'un dividende, tandis que dans le même cas le créancier privilégié ou hypothécaire pourrait prélever la totalité de sa créance. Ce serait donc supposer le législateur bien imprévoyant que d'admettre que la double garantie qu'il a donnée à la masse à l'égard des créanciers chirographaires, il a entendu la refuser à l'égard des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Mais il n'a pas mérité ce reproche d'imprévoyance. La Section 5 du Chapitre v du Titre *Des faillites*, qui traite de la *vérification des créances*, parle, dans tous les articles qui la composent, des *créanciers* d'une manière générale ; on n'y trouve pas une expression indiquant que la vérification doive être restreinte aux créanciers chirographaires. On pourrait se borner à dire qu'il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas, qu'il n'est pas permis de faire deux classes de créanciers là où la loi n'en fait qu'une. Mais il est aisé de trouver dans la loi même la preuve positive que la distinction qu'on voudrait créer n'existe pas. L'art. 508 donne aux créanciers hypothécaires la faculté de concourir au concordat (bien entendu que ce concours emporte renonciation à l'hypothèque), ce qui suppose que leurs créances sont vérifiées, car on ne peut pas prétendre que le législateur ait voulu admettre à concourir au concordat des créanciers dont les créances n'auraient été ni vérifiées ni affirmées. Les art. 552 et suiv. admettent les créanciers privilégiés et hypothécaires, sous de certaines conditions, à concourir sur les deniers appartenant à la masse chirographaire, ce qui implique la nécessité de la vérification et de l'affirmation. On ne saurait entendre l'art. 552 en ce sens qu'ils n'aient besoin de faire vérifier leurs créances que lorsqu'ils veulent concourir avec la masse chirographaire : il serait, en effet, contradictoire que ce titre, qui leur suffisait, sans vérification préalable, en un cas, ne leur suffit pas dans l'autre, et ne fît pas même foi dans les deux..... » (Dev.-Car., 60, 2, 495).

Cet arrêt de la Cour de Bordeaux a été déféré à la Cour de cassation. Mais la Chambre civile, par un arrêt du 8 avril 1862, a rejeté le pourvoi, sans se prononcer sur la question de savoir si les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont ou non soumis à la formalité de la vérification et de l'affirmation (Dev.-Car., 62, 1, 736).

Du reste, parmi les créanciers privilégiés il en est un, le locateur des lieux occupés par le failli, qu'il paraît bien difficile de soumettre à la formalité de la vérification et de l'affirmation. En effet, comme le dit un arrêt de la Cour de Lyon du 17 mars 1846, la disposition de l'art. 450, qui suspend le droit d'exécution du locateur pendant trente jours seulement à partir du jugement déclaratif de la faillite, est incompatible avec l'obser-

firmation? La même question s'applique aussi à la suspension du droit d'exercer des poursuites individuelles après le jugement déclaratif : on peut se demander si les créanciers à privilége général seront ou non soumis à cette suspension. Pour l'un comme pour l'autre cas, il s'agit de savoir si les créanciers dont nous parlons sont ou non en dehors de la faillite ; or, je crois qu'il faut plutôt les considérer comme étant dans la faillite que comme étant en dehors. En effet, leur sûreté est précaire, puisque, les objets n'étant pas remis entre leurs mains, et les meubles n'étant pas susceptibles d'un droit de suite, le débiteur en les aliénant peut faire disparaître la garantie des créanciers auxquels ils sont affectés : à cet égard donc, ils participent plus de la qualité de chirographaires que de celle d'hypothécaires, puisqu'ils courent les mêmes risques que les créanciers chirographaires. D'ailleurs, ils sont en conflit, en opposition d'intérêts, avec tous les créanciers dont se compose la masse, et, dès lors, il est bien difficile de les considérer comme y étant étrangers, comme n'y étant pas compris. Spécialement quant au droit de poursuite, il y a une autre raison pour considérer les créanciers dont il s'agit comme ne pouvant en user après le jugement déclaratif ; c'est que, leur droit étant général, frappant sur tous les meubles, s'ils pouvaient faire des actes d'exécution, ils paralyseraient l'administration des syndics : ceux-ci verraient ainsi tout l'actif mobilier, qui dans les petites faillites est l'actif tout entier, échapper de leurs mains (1).

vation des délais plus longs fixés par les art. 492 et suiv. (Dev.-Car., 46, 2, 438). M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 574 *in fine*) repousse l'exception ainsi admise au profit du locateur, mais sans nous donner ses motifs.

La Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 19 juillet 1841, que le créancier privilégié, admis au passif de la faillite après avoir subi la vérification et avoir affirmé son droit, sans aucune réserve au sujet de son privilége, doit être considéré comme ayant fait novation et comme ayant renoncé audit privilége (Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Faillite*, n° 602). Je reviendrai un peu plus loin sur cette décision, qui ne me paraît nullement fondée.

(1) J'admets sans difficulté que les créanciers à privilége général sont

Voyons maintenant quelles sont les formalités qui doivent précéder la vérification.

Les créanciers doivent être avertis de se présenter, en personne ou par fondés de pouvoirs, à l'effet de remettre leurs titres, soit au greffe, soit aux syndics, pour les soumettre à la vérification. — A quel moment, par qui et dans quelle forme cet avertissement leur sera-t-il donné? Il ne leur sera donné que quinzaine après le jugement déclaratif (1). Il leur sera donné par le greffier, et de deux manières différentes, savoir : par lettres missives, pour ceux dont les noms et le domicile seront connus, et, pour tous, par une insertion dans les journaux. Ce sont les mêmes journaux que ceux où doivent être insérés les actes de société (2). La mise en demeure des créanciers ne résulte que de l'insertion dans les journaux : aussi l'art. 492 dit-il : « *à partir desdites insertions.* »

Les créanciers seront avertis, non-seulement de produire leurs titres, mais encore d'y joindre un bordereau indiquant les sommes qui leur sont dues. Il semble, à première vue, que ce bordereau est inutile, que la production du titre suffit, puisque le titre indique ce qui est le montant de la créance ; et cependant c'est une règle générale en matière de faillite que le titre doit toujours être accompagné d'un bordereau (3). En effet, le titre n'indique pas exactement ce qui est dû à ce moment au créancier : car le créancier peut avoir à réclamer le montant de frais qui ne

soumis à la formalité de la vérification et de l'affirmation : je dois l'admettre, puisque je ne considère même pas comme en étant affranchis les créanciers qui ont une hypothèque ou un privilége spécial. Quant au droit d'exercer des poursuites individuelles (voy., ci-dessus, p. 131 et suiv.), je suis disposé à le refuser, comme M. Bravard, aux créanciers à privilége général.

(1) L'art. 492 ne parle pas de *quinzaine après le jugement déclaratif*. Il dit que les créanciers devront être avertis immédiatement après le maintien ou le remplacement des syndics, qui a lieu en exécution du troisième paragraphe de l'art. 462.

(2) Voy., ci-dessus, p. 61 et suiv.

(3) Voy. les art. 491 et 492. — Aux termes d'une décision du ministre des finances, du 11 octobre 1808, le bordereau doit être sur papier timbré.

sont pas indiqués par le titre, et, d'un autre côté, il peut avoir reçu des à-compte qui ne sont pas mentionnés sur le titre. Le bordereau est donc fort utile, en ce qu'il peut seul faire connaître et fixer la situation du créancier, au point de vue de la somme pour laquelle il a le droit de figurer dans la faillite. Aussi l'article 492 exige-t-il que les créanciers soient avertis qu'ils ont à remettre leurs titres accompagnés d'un bordereau.

Quant au délai dans lequel les titres doivent être produits, nous allons voir qu'il est de vingt jours à partir de l'avertissement inséré dans les journaux. Mais il faut remarquer auparavant que, si les créanciers ne sont avertis que quinzaine après le jugement déclaratif (1), d'avoir à produire leurs titres pour les faire vérifier, ils n'en ont pas moins la faculté, dès que le jugement déclaratif est rendu, de déposer leurs titres au greffe, toujours avec un bordereau indicatif des sommes par eux réclamées. Le greffier est tenu de recevoir ce dépôt et de leur en donner récépissé (2). On a même, à cet égard, introduit dans la loi nouvelle une prescription spéciale, dans l'intérêt des greffiers des tribunaux de commerce. Aux termes du nouvel art. 491, les greffiers ne seront responsables de ces titres que pendant cinq ans ; et les cinq ans courront du jour de l'ouverture du procès-verbal de vérification, parce que c'est de ce jour-là que les titres ont dû être retirés des mains du greffier pour être soumis à la vérification (3).

Les créanciers doivent avoir un certain délai pour préparer leurs titres et pour les produire. Aux termes de l'art. 492, ce délai est de vingt jours à partir des insertions dans les journaux (4).

(1) Voy. ci-dessus, p. 346, note 1.

(2) « A partir du jugement déclaratif de la faillite, les créanciers pourront remettre au greffier leurs titres, avec un bordereau indicatif des sommes par eux déclarées. Le greffier devra en tenir état et en donner récépissé » (art. 491, premier alinéa).

(3) Le législateur de 1838 a fait ici une sorte d'application de la règle déjà posée dans l'art. 2276 du Code Napoléon : « Les juges et avoués sont déchargés des pièces cinq ans après le jugement des procès. »

(4) D'après l'art. 502 du Code de 1808, tous les créanciers du failli étaient avertis de se présenter dans le délai de quarante jours.

Ce délai sera augmenté d'un délai supplémentaire, proportionnel à la distance qui peut exister entre le lieu où siége le tribunal et le domicile de chaque créancier ; et les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France conserveront les délais du droit commun (1). Mais il ne faut pas prendre cette dernière disposition au pied de la lettre : car, si on la rapproche du commencement de l'art. 493 et de l'art. 502, on voit que, quand même les délais accordés à ces créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France ne seraient pas expirés, on ne les attend pas pour procéder aux opérations de la faillite, notamment à la délibération et au vote du concordat. C'est un sacrifice qu'on a cru devoir faire à l'intérêt général des créanciers, sacrifice imposé à cette classe particulière de créanciers.

Avant que le délai fixé pour la production des titres expire, les créanciers devront être invités, toujours par lettres du greffier et par insertions dans les journaux, à se trouver présents

(1) « A l'égard des créanciers domiciliés en France, hors du lieu où siége « le tribunal saisi de l'instruction de la faillite, ce délai sera augmenté d'un « jour par cinq myriamètres de distance entre le lieu où siége le tribunal « et le domicile du créancier. — A l'égard des créanciers domiciliés hors « du territoire continental de la France, ce délai sera augmenté conformément aux règles de l'art. 73 du Code de procédure civile » (art. 492, 2e et 3e alinéas).

L'art. 73 du Code de procédure, modifié par la loi du 3 mai 1862, s'exprime ainsi : « Si celui qui est assigné demeure hors la France continentale, le délai sera : 1° pour ceux qui demeurent en Corse, en Algérie, « dans les Iles Britanniques, en Italie, dans le royaume des Pays-Bas et « dans les États ou Confédérations limitrophes de la France, d'un mois ; — « 2e pour ceux qui demeurent dans les autres États, soit de l'Europe, soit du « littoral de la Méditerranée et de celui de la mer Noire, de deux mois ; — « 3° pour ceux qui demeurent hors d'Europe en deçà des détroits de Malacca « et de la Sonde et en deçà du cap Horn, de cinq mois ; — 4° pour ceux qui « demeurent au delà des détroits de Malacca et de la Sonde et au-delà du « cap Horn, de huit mois. — Les délais ci-dessus seront doublés, pour les « pays d'outre-mer, en cas de guerre maritime. »

Quant aux créanciers domiciliés en France hors du lieu où siége le tribunal, il ne faut pas tenir compte des fractions de cinq myriamètres : ainsi, pas de différence entre celui qui est domicilié à cinq myriamètres et celui qui est domicilié à neuf myriamètres, etc. C'est ce que la Cour de cassation a jugé par un arrêt du 10 décembre 1839.

aux jour, lieu et heure fixés par le juge-commissaire pour la vérification (art. 593, 1er alinéa). Ces indications pourront être données dans le premier avertissement; mais, qu'elles y soient ou non, dans tous les cas il faudra que la vérification soit précédée de la convocation dont il s'agit, laquelle sera faite seulement quelques jours avant le jour fixé pour la vérification.

A quel moment commencera la vérification? Après les trois jours qui suivront l'expiration des délais accordés aux créanciers domiciliés en France pour produire leurs titres, et après l'avertissement et la convocation dont j'ai parlé (même art. 493, 1er alinéa).

La vérification se fera-t-elle individuellement ou collectivement? En d'autres termes, se fera-t-elle en présence de chaque créancier isolément, ou bien au contraire en présence de tous les créanciers réunis? Les rédacteurs du Code de commerce avaient adopté le premier mode; en 1838, le second a paru préférable, et la nouvelle loi l'a consacré (1).

Voyons maintenant en détail par qui et dans quelle forme sera faite la vérification. Ce sont les syndics qui sont chargés de la faire. Ils y procèdent en présence, ou plutôt sous la présidence, du juge-commissaire (art. 493 *in fine*), et en présence de ceux des intéressés qui croient devoir y assister : car ils en ont tous le droit et la possibilité. Ces intéressés sont, d'une part, le failli, de l'autre, les créanciers.

Formons-nous une idée exacte du rôle de chacune de ces différentes personnes (*syndics*, *juge-commissaire*, *failli*, *créanciers*) :

(1) M. Bravard signale peut-être en termes un peu trop absolus l'innovation dont il s'agit. Sans doute, sous l'empire du Code la vérification se faisait *à mesure que les créanciers se présentaient* (ancien art. 501), tandis qu'en vertu de la loi de 1838 elle commence à jour fixe et se continue sans interruption. Mais il convient d'ajouter que, d'après l'ancien art. 504, il était permis à tout créancier *dont la créance était vérifiée et affirmée* d'assister à la vérification des autres créances; du reste, en fait, cette faculté ne pouvait s'exercer que difficilement. Voy. M. Bédarride, t. II, nº 434.

Les syndics jouent le rôle de vérificateurs : c'est donc à eux qu'il appartient d'admettre ou de rejeter la créance. Aussi, quand une créance est admise, doivent-ils inscrire sur le titre ces mots : *Admis au passif de la faillite de..., pour la somme de..., le...* Ils signent cette déclaration, qui est, en outre, visée par le juge-commissaire (art. 497).

Quel est le rôle du juge-commissaire? C'est de présider à la vérification. Mais il ne doit pas se borner à cela : il doit prendre une part active à la vérification. Il doit signaler les irrégularités qu'il a pu remarquer, les indices de collusion ou de fraude qui ont frappé son attention. Il peut aussi ordonner d'office la représentation des livres du créancier qu'il s'agit de vérifier; et, s'ils se trouvent dans un lieu éloigné de celui où siége le tribunal de la faillite, demander qu'il en soit rapporté un extrait fait par le juge du lieu. L'ancien art. 505 portait même que le juge-commissaire pourrait d'office renvoyer devant le tribunal de commerce, qui statuait sur son rapport; la loi nouvelle n'a pas reproduit cette disposition, quoiqu'elle ait reproduit (art. 495 et 496) toutes les autres dispositions de l'ancien article : ne faut-il pas en conclure que le juge-commissaire n'aurait plus aujourd'hui le droit dont nous parlons? Non : si on n'a pas reproduit ces termes de l'ancien art. 505, ce n'est pas pour diminuer l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire; c'est seulement parce qu'on a pensé, et avec raison, qu'aujourd'hui il n'aurait jamais besoin d'user d'un semblable pouvoir, attendu que, les syndics étant sous sa dépendance, il ne tiendrait qu'à lui de faire élever la contestation par ces derniers, et que cette marche serait préférable. Il faut éviter, en effet, autant que possible, de mettre le juge-commissaire en conflit avec certains créanciers (1).

Il y a même un cas où le juge-commissaire remplit, en quelque sorte, les fonctions de syndic, en ce sens qu'il vérifie les créances au lieu et place des syndics. Ce cas est celui où un syn-

(1) Comp. M. Bédarride, t. II, n° 473.

dic est lui-même créancier. Il est évident, en effet, s'il est seul syndic, qu'il ne peut pas se vérifier lui-même. Mais, y eût-il plusieurs syndics, on n'a pas voulu qu'ils fussent chargés de vérifier les créances les uns des autres; on a craint qu'ils ne le fissent avec trop de laisser-aller, avec trop de condescendance. Qu'il y ait donc plusieurs syndics ou qu'il n'y en ait qu'un seul, ce sera toujours le juge-commissaire qui vérifiera la créance d'un syndic (1). C'est une dérogation aux principes, une sorte d'atteinte au caractère du juge-commissaire; mais elle a été admise avec intention, pour éviter les frais et les lenteurs qu'aurait entraînés la nomination d'un syndic *ad hoc*.

Voyons maintenant quel sera le rôle des créanciers et quel sera celui du failli. Ici se rencontre un principe important : pour la vérification des créances, comme pour la délibération et le vote du concordat, les créanciers et le failli ne sont plus individuellement dépourvus de leur droit d'initiative et remplacés par les syndics. Ils sont relevés de la suspension dont avait été frappé l'exercice de leurs actions individuelles (2); ils peuvent, eux-mêmes, en leur nom personnel, élever des contredits, c'est-à-dire s'opposer à l'admission de tel ou tel créancier, contester sa créance et porter leur action devant les tribunaux (3). Ils peuvent contester l'admission d'un créancier, lors même qu'elle aurait déjà été prononcée : car, tant que le procès-verbal de vérification n'est pas clos, l'admission n'est que provisoire. Aussi l'article 494 dit-il que tout créancier peut fournir des contredits aux vérifications faites et à faire, et que le failli a le même droit (4).

(1) Art. 493, dernier alinéa.

(2) Voy., ci-dessus, p. 120 et suiv.

(3) Cette doctrine n'est pas universellement admise, du moins en ce qui concerne le failli. M. Bédarride (t. II, no 445) ne pense pas que le failli pût poursuivre, isolément des syndics, les contestations que ceux-ci refuseraient de soutenir. Je crois, avec M. Bravard, que la loi, dans l'art. 494, a voulu mettre exactement sur la même ligne le failli et les différents créanciers.

(4) Suivant M. Renouard, la règle est que les contredits ne peuvent plus être reçus contre une créance dès qu'elle a été vérifiée et affirmée entre les mains du juge-commissaire; il n'y aurait exception à cette règle que

Il n'est pas même nécessaire que le créancier qui veut ainsi

dans les cas de force majeure, de dol et de fraude (*op. cit.*, t. I, p. 549 et suiv.). Cette doctrine est combattue avec beaucoup de force par M. Bédarride (t. II, n° 443 *bis*) : il fait remarquer que, l'affirmation du créancier pouvant avoir lieu dès qu'il est vérifié, la faculté de contredire aux vérifications déjà faites, faculté ouverte par l'art. 494, deviendrait véritablement illusoire (Voy. aussi M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 631). En conséquence, M. Bédarride pose en principe que tout créancier peut contester la créance même vérifiée et affirmée, tant qu'il n'y a pas eu clôture du procès-verbal de vérification. En faveur de cette doctrine, on peut tirer un argument assez puissant de l'art. 581, aux termes duquel les créanciers peuvent, jusqu'à l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation, demander que la date de la cessation des paiements soit fixée à une époque autre que celle qui résultait du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur. Supposons, en effet, que la faillite a été déclarée le 1er mai, et qu'aux termes de l'art. 441 *in fine* la cessation de paiements est réputée avoir eu lieu le même jour; il est reconnu que Paul était créancier du failli pour 20,000 fr., et que, le 15 avril, sa créance n'étant pas encore échue, il a reçu de son débiteur un à-compte de 10,000 fr., et en conséquence Paul est admis au passif de la faillite pour 10,000 fr. Maintenant, supposons que, par application de l'art. 581, les créanciers font reporter la date de la cessation de paiements au 20 avril : dès lors, l'à-compte de 10,000 fr. reçu par Paul le 15 avril doit, aux termes de l'art. 446, être par lui rapporté à la masse, et de toute nécessité il faut admettre que Paul, d'abord admis au passif pour 10,000, devra en définitive y être admis pour 20,000. Donc il y a possibilité de revenir sur une admission tant que les délais pour la vérification et l'affirmation ne sont pas expirés, tant que le juge-commissaire n'a pas clos le procès-verbal. Et on pourrait même revenir plus tard encore sur cette admission, pour cause de fraude, si par exemple on obtenait la preuve d'une collusion entre le failli et le créancier admis. Voy. aussi MM. Massé (*op. cit.*, t. IV, nos 2199 et 2575) et Emile Ollivier (*Revue pratique de droit franç.*, t. I, p. 24).

La jurisprudence ne me paraît pas avoir dit son dernier mot sur la question. Elle admet bien que la contestation peut être élevée indéfiniment pour cause de fraude : en ce sens, voy. notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 1er mai 1855 (Dev.-Car., 55, 1, 705), et l'arrêt de la même Cour du 16 janvier 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 273). Mais, en l'absence de fraude, quand il s'agit seulement de revenir sur une erreur, les décisions des Cours paraissent bien divergentes. En effet, d'une part, la Cour de Dijon (arrêt du 12 mai 1856) décide que, même après qu'une créance a été vérifiée et affirmée, le créancier peut être condamné, par application des art. 446 et 581, au rapport d'un à-compte par lui reçu (Dev.-Car., 57, 2, 184); et la Cour de Colmar (arrêt du 27 décembre 1855) donne la même décision, par application de l'art. 447, dans une espèce où la date de la cessation des paiements n'avait même pas été changée après coup (Dev.-

contester l'admission soit déjà vérifié ; il suffit qu'il soit porté au bilan (1).

Occupons-nous maintenant de ce qui doit suivre l'admission des créanciers. Cette admission doit être suivie de deux formalités distinctes, dont l'une concerne le juge-commissaire, dont l'autre concerne les créanciers eux-mêmes.

Le juge-commissaire doit dresser procès-verbal de l'opération (2). Il s'agit d'un procès-verbal détaillé, reproduisant en substance le titre de chaque créancier, contenant, par conséquent, toutes les indications qui pourraient au besoin le suppléer (art. 495). En effet, le procès-verbal de vérification est le titre définitif, le titre véritable de chaque créancier, qui ne peut figurer dans la faillite que pour la somme pour laquelle il est inscrit sur ce procès-verbal. Aussi le créancier qui viendrait à perdre son titre ou qui se trouverait dans l'impossibilité de le représenter, ce créancier pourrait y suppléer par un extrait du procès-verbal de vérification (3).

L'autre formalité, qui concerne, celle-là, les créanciers, c'est l'*affirmation* (art. 497, dernier alinéa). De même que la vérifica-

Car., 56, 2, 257). Mais, d'un autre côté, la Cour de cassation, dans les *considérants* de l'arrêt, déjà cité, du 16 janvier 1860, pose en principe que « l'admission d'une créance, après vérification, au passif d'une faillite a des « effets définitifs et irrévocables, en ce qu'elle implique reconnaissance « de la créance admise et renonciation aux causes de nullité dont on aurait « pu alors exciper. »

(1) Au contraire, d'après l'art. 504 du Code de 1808, le créancier dont la créance était vérifiée et affirmée pouvait seul assister à la vérification des autres créances et fournir tout contredit aux vérifications faites ou à faire.

(2) D'après une décision du ministre de la justice, du 27 septembre 1808, il y a lieu d'appliquer ici l'art. 1040 du Code de procédure : le procès-verbal est rédigé par le greffier. En conséquence, il est sujet au droit fiscal, comme les actes du greffe. Cependant M. Renouard estime que le juge-commissaire pourrait dresser lui-même le procès-verbal (t. I, p. 537). Comp. MM. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 599), et Alauzet (t. IV, n° 1757).

(3) On pourrait croire, d'après la manière dont s'exprime M. Bravard, que le procès-verbal ne mentionne que les créances *admises*. Ce serait une erreur : la loi dit qu'il exprime si la créance est admise ou contestée.

tion est la sanction du système des nullités, de même l'affirmation est le complément de ce système : car, l'admission du créancier n'eût-elle été contestée par personne, il serait possible cependant que son titre fût entaché de quelque collusion, de quelque fraude occulte, et on a voulu que le créancier fût tenu d'en affirmer la sincérité. C'est comme un surcroît de garantie, comme une dernière et suprême épreuve. En effet, je l'ai dit, s'il n'affirme pas, il sera réputé renoncer à sa créance ; s'il affirme et que la créance soit reconnue supposée, il sera passible d'une peine très-grave, de la peine des travaux forcés (art. 593, n° 2). Mais ce n'est pas la production du titre, ce n'est pas la demande d'admission, qui emportent cette peine ; c'est l'affirmation seule. Voilà probablement le motif pour lequel on a voulu, afin de donner aux créanciers le temps de réfléchir, qu'il y eût un intervalle de huit jours entre la vérification et l'affirmation (1). Du reste, ce délai n'est pas obligatoire pour le créancier, qui peut, s'il le veut, y renoncer, et affirmer sa créance immédiatement après qu'elle a été admise (2). D'un autre côté,

(1) La première Commission de la Chambre des députés avait demandé que la nécessité de l'affirmation fût supprimée. Voici comment s'exprimait, à cet égard, le rapport de M. Renouard : « La formalité de l'affirmation, « établie par le Code de commerce, doit-elle être conservée? Le projet du « Gouvernement l'a pensé. Votre Commission aurait partagé cet avis si « elle avait pu obliger chaque créancier à affirmer en personne. Mais l'im- « possibilité de multiplier des déplacements onéreux, et la nécessité de se « renfermer dans de brefs délais, obligent d'admettre les affirmations par « fondés de pouvoirs. Dès lors, cette garantie perd toute efficacité, toute « dignité ; l'affirmation n'est plus considérée que comme une simple forme. « Votre Commission a supprimé sans scrupule cette intervention du ser- « ment, qui n'arrête point, par la crainte du parjure, les hommes de mau- « vaise foi déjà engagés par la production coupable de titres mensongers, « et qui est superflue pour les honnêtes gens. » Ces conclusions de la Commission furent combattues avec force, et la Chambre maintint la nécessité de l'affirmation.

(2) J'ai déjà eu occasion (ci-dessus, p. 352, note) de citer l'art. 581, duquel il résulte qu'on peut demander le changement de la date fixée comme étant celle de la cessation des paiements, jusqu'au *moment où expirent les délais pour la vérification et l'affirmation des créances*. J'ai supposé que ce moment se confond avec celui de la clôture du procès-verbal de vérification.

après que le délai de huitaine sera expiré, il serait encore à temps d'affirmer, si le procès-verbal d'affirmation n'était pas clos (1); mais, après la clôture de ce procès-verbal, son affirmation ne serait plus recevable (2).

Cependant il pourrait arriver que ces deux moments ne se confondissent pas, qu'ils fussent séparés l'un de l'autre par un certain intervalle de temps. En effet, si les créanciers admis au passif après vérification affirment tous leurs créances à l'instant même où ils sont admis, le juge-commissaire pourra clore immédiatement son procès-verbal; et, alors, il restera encore un délai de huitaine pendant lequel pourra être formée la demande tendant à faire changer la date de la cessation des paiements, ou pourra être prononcé d'office ce changement. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 8 mai 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 406). « Peu importe, dit très-bien la Cour, « que les créanciers n'aient pas usé ou n'aient usé qu'incomplétement de « la huitaine qui leur est accordée pour affirmer leurs créances : si par le « fait ils peuvent renoncer à ce délai ou l'abréger, cette circonstance ne « saurait influer sur la durée légale des délais accordés pour le report de la « faillite, ces délais devant rester fixes et immuables dans l'intérêt de la « masse, et tendant à un autre but que la formalité de l'affirmation. »

(1) Il n'y a pas un *procès-verbal d'affirmation* distinct du *procès-verbal de vérification* dont parle l'art. 495. Dans la pratique, à Paris particulièrement, il n'est dressé qu'un seul procès-verbal, lequel constate à la fois l'admission (ce que dit positivement l'art. 495 *in fine*) et l'affirmation faite en vertu de l'art. 497.

(2) Suivant M. Renouard (t. I, p. 548), le créancier est déchu, par cela seul qu'il a laissé passer la huitaine sans faire l'affirmation prescrite par la loi; il pourrait seulement être relevé de cette déchéance en prouvant qu'il a été empêché par un cas de force majeure. Je crois que le créancier, qui a ainsi laissé passer la huitaine sans affirmer sa créance, se trouve sous l'empire de l'art. 503, lequel est ainsi conçu : « A défaut de comparution et « affirmation dans les délais qui leur sont applicables, les défaillants, connus « ou inconnus, ne seront pas compris dans les répartitions à faire; toutefois « la voie de l'opposition leur sera ouverte jusqu'à la distribution des de- « niers inclusivement. Les frais de l'opposition demeureront toujours à « leur charge. — Leur opposition ne pourra suspendre l'exécution des « répartitions ordonnancées par le juge-commissaire; mais, s'il est procédé « à des répartitions nouvelles avant qu'il ait été statué sur leur opposition, « ils seront compris pour la somme qui sera provisoirement déterminée « par le tribunal, et qui sera tenue en réserve jusqu'au jugement de leur « opposition. — S'ils se font ultérieurement reconnaître créanciers, ils ne « pourront rien réclamer sur les répartitions ordonnancées par le juge- « commissaire; mais ils auront le droit de prélever, sur l'actif non encore « réparti, les dividendes afférents à leurs créances dans les premières ré- « partitions. » M. Renouard pense que cet article est applicable seulement

Il s'est élevé plusieurs questions sur cette affirmation.

D'abord on s'est demandé s'il s'agit d'un serment ou d'une simple affirmation. C'est indifférent, puisque, qu'elle se produise sous une forme ou sous l'autre, elle entraînera tou-

aux créanciers qui ne se sont point présentés à la vérification, mais qu'il n'ouvre aucun droit en faveur de ceux qui après vérification n'ont pas affirmé leur créance. Cette interprétation ne me paraît pas admissible. D'abord elle est contraire au texte : si le législateur avait eu l'idée que suppose M. Renouard, il n'aurait pas écrit « A défaut de comparution et « affirmation... » ; comme il ne peut évidemment pas être question d'affirmation là où il n'y a pas eu comparution, il se fût borné à dire « A défaut « de comparution... » De plus, l'interprétation de M. Renouard se trouve positivement contredite par l'histoire de la rédaction de l'ancien art. 513, qui au fond est reproduit dans le nouvel art. 503. Dans le projet présenté au Conseil d'Etat par la Section *de l'intérieur* se trouvaient les deux articles suivants :

ART. 63. « Faute d'avoir affirmé dans ce délai (*huitaine après la vérifi-* « *cation*), le créancier sera sommé extrajudiciairement, au nom des syndics, « d'affirmer dans un second délai de quinzaine; après quoi, il sera déclaré « forclos par jugement du tribunal, et il ne pourra plus rien prétendre sur « la masse active de la faillite. »

ART. 69. « A défaut de comparution dans le délai fixé par le jugement, « les défaillants sont déclarés déchus de tout droit à l'actif actuel du débi- « teur failli. Toutefois la voie de l'opposition est ouverte aux créanciers « inconnus, jusqu'à la dernière distribution des deniers inclusivement, « mais sans pouvoir rien prétendre aux répartitions déjà consommées, « qui, à leur égard, sont réputées irrévocables. »

Ainsi, d'après ce projet, on traitait diversement le créancier vérifié qui n'a pas affirmé dans le délai prescrit, et le créancier qui n'a pas comparu à la vérification. Dans la séance du Conseil d'Etat du 16 avril 1807, M. Bigot Préameneu fait observer que les tribunaux ont réclamé contre l'art. 63, et M. Bégouen convient qu'il peut y avoir excès de rigueur dans cette disposition; puis l'art. 69 est adopté, *pour être fondu avec l'art.* 63. Et le résultat de cette *fusion* est que l'art. 63 du projet a disparu et que l'art. 513 du Code commence ainsi « A défaut de comparution et affirmation dans le « délai....,» tandis que l'art. 69 du projet disait simplement « *A défaut de* « *comparution dans le délai...* » Cela prouve bien clairement qu'en définitive le législateur (celui de 1838 comme celui de 1807) a voulu mettre sur la même ligne le créancier qui n'a pas comparu à la vérification et le créancier qui après vérification n'a pas affirmé sa créance dans le délai voulu. Et de fait il serait bien rigoureux que ce dernier n'eût pas la même ressource qu'on accorde au premier. Voy., en ce sens, MM. Bédarride (t. II, n° 468), Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 630) et Alauzet (t. IV, n°s 1761 et 1770).

jours la même peine si elle est mensongère, si elle est frauduleuse (1).

L'affirmation pourra-t-elle être faite par fondé de pouvoirs, ou devra-t-elle l'être par le créancier en personne? A cet égard, on pourrait douter : car, en principe, il s'agit d'un acte qui intéresse la conscience et qui est, par conséquent, essentiellement personnel : il y a là quelque chose qui exclut toute délégation. De plus, l'art. 497 ne parle pas, comme on l'a fait dans les articles relatifs à la production des titres et à la vérification, de fondés de pouvoirs; il semble même les exclure, car il dit : *Chaque créancier*.

Mais il faut répondre qu'il y avait ici nécessité de déroger à la rigueur des principes, qu'on ne pouvait pas plus pour l'affirmation que pour la production et la vérification de leurs titres, forcer les créanciers à se déplacer. La dispense accordée pour la vérification en emportait une semblable pour l'affirmation. Telle était aussi la pratique constante avant la loi de 1838, et cette loi n'a pas voulu s'en écarter. Quant à l'argument tiré du texte de l'art. 497, il est neutralisé par l'art. 593-2°, qui suppose le cas où l'affirmation est faite par un intermédiaire, et applique à ce cas la même peine qu'à celui où elle est faite par le créancier en personne (2).

(1) Comme le dit M. Renouard (t. I, p. 547), il fut clairement constaté dans la discussion « que la formule de l'affirmation, n'étant point tracée « par la loi, peut se borner à une affirmation pure et simple, non accom- « pagnée de serment. » Cependant on admet généralement que *l'affirmation* dont parle l'art. 1781 du Code Napoléon est un véritable serment (Voy. MM. Aubry et Rau, t. III, § 372, p. 373).

(2) Voy. le passage du rapport de M. Renouard, reproduit ci-dessus, p. 354, note 1).

On s'est encore demandé, à propos de l'affirmation, comment elle devra être faite lorsque la personne admise au passif de la faillite n'est pas le créancier primitif, mais simplement un ayant-cause, par exemple un cessionnaire. La difficulté vient de ce que je ne puis être tenu d'affirmer que mon fait personnel (C. Nap., art. 1359 et 1362). Suivant M. Pardessus (t. III, no 1185 *in fine*), le cessionnaire peut exiger que son cédant se présente pour affirmer la sincérité de la créance originaire. Je crois qu'en principe le cessionnaire n'aura pas besoin d'appeler ainsi son cédant : il suffira que

— Supposons maintenant le cas où, dans le cours de la vérification des créances, il s'élève des contestations. Ce cas offre un peu plus de difficulté que le précédent. Il y a ici en présence deux intérêts opposés, qu'il fallait chercher à concilier : l'intérêt du créancier contesté, qui est qu'on attende, avant de passer aux opérations qui suivent l'affirmation, que la contestation soit jugée, et l'intérêt de la masse, qui est, au contraire, qu'on passe outre. L'ancien texte du Code avait fait prévaloir l'intérêt du créancier, et décidé qu'il serait sursis jusqu'au jugement définitif des contestations (1). Il en résultait que les faillites se prolongeaient indéfiniment. Pour échapper à cet inconvénient, sans cependant léser par trop les droits du créancier, les auteurs de la nouvelle loi ont eu recours à un expédient qui a véritablement amélioré la législation. Indépendamment des moyens propres à accélérer le jugement des contestations, moyens qu'ils ont empruntés à l'ancien texte (2), ils ont voulu, par une inno-

lui-même affirme qu'il estime de bonne foi que la créance existe. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Lyon, par un arrêt du 19 janvier 1850 (voy. MM. Renouard, t. I, p. 546, et Alauzet, t. IV, n° 1760 *in fine*).

(1) Ceci n'est point parfaitement exact : aucun article du Code de 1808 n'ordonnait de surseoir aux opérations de la faillite jusqu'au jugement des contestations. Seulement, voici, d'après M. Bédarride (t. II, n° 478), ce qui avait souvent lieu dans la pratique : « Le concordat, qui ne pouvait être « voté que par les créanciers admis, était obligatoire pour ceux qui n'y « avaient pas concouru, lors même que leur absence n'avait eu pour cause « que les contestations soulevées contre leurs créances. Le failli trouvait « dans cet état de choses un excellent moyen pour écarter de la délibéra- « tion un créancier dont il redoutait la position, les renseignements ou « l'influence. Il n'avait qu'à se concerter avec un autre créancier, qui con- « testait l'admission du premier et le plaçait ainsi en dehors de toutes les « opérations subséquentes. — Ou bien les syndics attendaient, pour faire « délibérer sur le concordat, l'issue de la contestation ; et un temps, souvent « fort long, s'écoulait, au grand préjudice de tous. »

(2) L'art. 498, qui reproduit presque littéralement les art. 508 et 509 de l'ancien Code, est ainsi conçu : « Si la créance est contestée, le juge-com- « missaire pourra, sans qu'il soit besoin de citation, renvoyer à bref délai « devant le tribunal de commerce, qui jugera sur son rapport. — Le tribu- « nal de commerce pourra ordonner qu'il soit fait, devant le juge-com-

vation heureuse, que le tribunal de commerce fût appelé à décider par un jugement s'il serait sursis ou si l'on passerait outre, et, en même temps, pour le cas où il croirait devoir s'arrêter à ce dernier parti, qu'il pût accorder au créancier contesté son admission provisionnelle jusqu'à concurrence de la somme qu'il déterminerait : pour cette somme, le créancier contesté exercera ses droits comme tous les autres créanciers, nonobstant la contestation (1). Il n'y a là ni difficultés, ni complications.

« missaire, enquête sur les faits, et que les personnes qui pourront fournir « des renseignements soient, à cet effet, citées par-devant lui. »

En quoi consiste précisément la faculté que le 1er alinéa de cet article donne au juge-commissaire? Elle ne consiste pas en ceci que le juge-commissaire serait libre d'arrêter une contestation qui se produit, de ne pas la renvoyer devant le tribunal. Non : dès qu'une contestation est élevée, soit par les syndics ou par l'un d'eux, soit par l'un ou par plusieurs des créanciers, soit enfin par le failli, il doit y être statué par un jugement, il n'appartient pas au juge-commissaire de décider si elle est fondée ou si elle ne l'est pas. La faculté que la loi laisse au juge-commissaire consiste d'abord en ceci qu'il peut, suivant les cas, décider que les parties comparaîtront devant le tribunal à bref délai ou bien au contraire qu'on observera les délais du droit commun : comp. les art 72 *et* 416 du Code de procédure. Le juge-commissaire peut, de plus, toujours eu égard aux circonstances, laisser au contestant le soin de saisir le tribunal par le mode ordinaire, ou bien au contraire lui soumettre directement la contestation sans citation préalable.

Le tribunal de commerce, ainsi saisi, a, de son côté, une faculté que lui assure le 2e alinéa de notre art. 498 : il peut ordonner qu'une enquête sera faite par-devant le juge-commissaire. C'est une dérogation remarquable aux principes ordinaires : car, en matière commerciale, la règle est que les témoins sont entendus à l'audience (C. de proc. civ., art. 432 et 407). Je crois, du reste, avec M. Bédarride (t. II, no 475), qu'il doit être tenu note des dépositions des témoins.

(1) Voici, à cet égard, la disposition, absolument nouvelle, de l'art. 499 : « Lorsque la contestation sur l'admission d'une créance aura été portée « devant le tribunal de commerce, ce tribunal, si la cause n'est point en « état de recevoir jugement définitif avant l'expiration des délais fixés, à « l'égard des personnes domiciliées en France, par les art. 492 et 497, or- « donnera, selon les circonstances, qu'il sera sursis ou passé outre à la « convocation de l'assemblée pour la formation du concordat. — Si le tri- « bunal ordonne qu'il sera passé outre, il pourra décider par provision « que le créancier contesté sera admis dans les délibérations pour une « somme que le même jugement déterminera. »

M. Bédarride (t. II, no 479) signale une inexactitude qui aurait échappé

Il y en a un peu plus lorsque la contestation n'est pas de la compétence du tribunal de commerce : car alors il faudra deux ju-

au législateur dans la rédaction de cet article. « L'art. 499, dit-il, suppose « que la contestation n'est pas en état de recevoir jugement définitif avant « l'expiration des délais fixés par l'art. 492; or, comment pourrait-il « se faire qu'une contestation élevée dans le cours de la vérification fût « en état d'être jugée avant l'expiration des délais qui, aux termes de « l'art. 493, doivent être échus pour que la vérification elle-même puisse « s'ouvrir ? » Cette critique serait fondée si l'art. 499 avait considéré à part, *disjunctim*, le délai établi par l'art. 492. Mais ce n'est point ce qu'il a fait : le délai qu'il considère est un délai qui résulte de la combinaison de l'art. 492 et de l'art. 497. Ainsi, par exemple, les insertions dans les journaux ont eu lieu le 1er mai; parmi les créanciers domiciliés en France, celui qui demeure le plus loin du lieu où siége le tribunal de la faillite est domicilié à 50 myriamètres de ce lieu : aux termes de l'art. 493, la vérification pourra commencer le 1er, le 2 ou le 3 juin. Je suppose que la dernière créance vérifiée est admise le 5 juin : d'après l'art. 499, il faut voir si la contestation, élevée peut-être le 3 ou le 4 juin, sera en état de recevoir jugement définitif le 13 juin au plus tard. Au fond, la décision que je donne est également donnée par M. Bédarride; mais il prétend la donner *malgré le texte*, tandis que je crois y arriver *conformément au texte* de l'art. 499. — L'art. 502 s'exprime comme l'art. 499, lorsqu'il dit : « A l'expiration des « délais déterminés par les art. 492 et 497, à l'égard des personnes domi- « ciliées en France, il sera passé outre à la formation du concordat et à « toutes les opérations de la faillite...» Certes il ne sera passé outre à la formation du concordat qu'après l'expiration de la huitaine dont parle l'article 497 *in fine*, et l'on est véritablement surpris de voir M. Bédarride dire (no 493) qu'à l'expiration du délai prescrit par les paragraphes 1 et 2 de l'art. 492 il est passé outre à la formation du concordat.

Le tribunal de commerce, quand il reconnaît que la cause n'est pas en état de recevoir jugement définitif avant l'expiration du délai de l'affirmation, peut faire trois choses, savoir : 1o ordonner qu'il sera sursis à la convocation de l'assemblée pour le concordat; 2o ordonner qu'il sera passé outre, et que le créancier contesté sera provisoirement admis dans les délibérations pour une somme de ...; 3o enfin ordonner purement et simplement qu'il sera passé outre, sans accorder au créancier contesté le bénéfice de l'admission provisionnelle. Dans les deux premiers cas, nous appliquerons l'art. 583-4o, aux termes duquel « ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel ni de recours en cassation les jugements qui prononcent sursis au concordat ou admission provisionnelle de créanciers contestés. » Dans le troisième cas, au contraire, cette disposition évidemment n'est pas applicable, et, par conséquent, nous restons purement et simplement sous l'empire du droit commun. Dans le cas où le tribunal ordonne qu'il sera passé outre, mais en accordant au créancier contesté le bénéfice de l'admission

gements, un jugement du tribunal de commerce, qui statuera sur le sursis, et un jugement du tribunal civil, qui statuera sur l'admission provisionnelle. Le tribunal compétent pour statuer sur la contestation était évidemment seul compétent pour statuer sur l'admission provisionnelle, qui est une sorte de jugement anticipé ; tout ce que pouvait faire le législateur, c'était de prescrire une marche très-rapide. Aussi le premier alinéa de l'art. 500 veut-il que « le tribunal civil saisi de la contestation juge, à bref « délai, sur requête des syndics signifiée au créancier contesté, « et sans autre procédure, si la créance sera admise par provision « et pour quelle somme » (1).

Mais il y a un troisième cas où le système nouveau se trouve forcément entravé, paralysé dans son application ; c'est le cas où la créance contestée est l'objet d'une instruction criminelle ou correctionnelle, parce qu'elle est, par exemple, frappée d'une inscription de faux. Dans ce cas, au premier abord, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas permis d'accorder au créancier une admission provisionnelle. Toutefois, il y a un obstacle, de forme en quelque sorte, qui s'y oppose invinciblement : c'est qu'il n'existe aucun tribunal compétent pour statuer sur cette admission. En effet, ce ne peut pas être le tribunal criminel ou correctionnel, qui n'est chargé que de statuer sur le délit ou sur le crime. Ce ne peut pas être, non plus, le tribunal de commerce, ni le tribunal civil, puisque l'admission est subordonnée à une

provisionnelle, on a prétendu que ce créancier pourrait interjeter appel, dans les termes du droit commun, du chef ordonnant qu'il sera passé outre ; cette prétention a été repoussée avec raison par un arrêt de la Cour de Paris, du 18 octobre 1855 (Dev.-Car., 57,2, 142).

(1) Si, après que le tribunal de commerce a décidé qu'il serait passé outre, le tribunal civil accorde au créancier contesté le bénéfice de l'admission provisionnelle, l'art. 583-4° s'applique et le jugement du tribunal civil est inattaquable ; il faudrait dire le contraire si le tribunal civil avait refusé le bénéfice dont il s'agit au créancier contesté. M. Alauzet commet donc une inexactitude lorsqu'il dit (t. IV, n° 1767 *in fine*) : « Par analogie « avec ce que nous avons dit sous l'art. 499, il faut décider que le juge- « ment du tribunal civil, admettant par provision le créancier contesté *ou* « *rejetant cette demande*, est inattaquable. »

appréciation qui n'est pas de leur ressort. Le système nouveau se trouve donc pour ce cas dans l'impossibilité de fonctionner. Mais ce cas sera rare ; et, d'ailleurs, on comprend que le législateur ait fait prévaloir l'intérêt général de la masse sur l'intérêt particulier d'un créancier (1).

(1) Voici comment s'exprime, à cet égard, le 2e alinéa de l'art. 500 : « Dans le cas où une créance serait l'objet d'une instruction criminelle ou « correctionnelle, le tribunal de commerce pourra également prononcer le « sursis. S'il ordonne de passer outre, il ne pourra accorder l'admission « par provision ; et le créancier contesté ne pourra prendre part aux opé- « rations de la faillite, tant que les tribunaux compétents n'auront pas « statué. »

Si, à la suite de l'instruction criminelle ou correctionnelle, le créancier contesté fait reconnaître la sincérité de sa créance, il se trouvera dans une condition analogue à celle du créancier domicilié hors de la France continentale (art. 492, 3e alinéa, et 493, 1er alinéa). Aussi l'art. 568 les met-il sur la même ligne.

— Lorsqu'une créance a été contestée, que le jugement rendu sur la contestation l'a reconnue sincère et l'a admise au passif de la faillite, il est certain qu'en principe, les opérations de la faillite ne fussent-elles pas encore terminées, aucune contestation n'est plus possible relativement à cette créance. C'est ce que la Cour de cassation a décidé dans son arrêt du 8 avril 1851 (Dev.-Car., 51, 1, 690). Mais cela n'est vrai que par application des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. En conséquence, une nouvelle contestation pourrait être formée, si elle était fondée sur une autre cause que la première. C'est ce que la Cour de cassation a également reconnu dans son arrêt du 16 janvier 1860. Voici les principaux *considérants* de cet arrêt :

« Attendu que, F. frères ayant demandé leur admission au passif de la « faillite B. pour un solde de compte courant dont ils justifiaient par sim- « ple bordereau, le syndic contesta leur réclamation par le seul motif que « le compte n'était pas produit en forme régulière ; que, saisi de cette « unique question, le tribunal de commerce, après production du compte, « et du consentement du syndic, ordonna l'admission du solde réclamé ;— « Attendu que plus tard le syndic, contestant divers paiements portés dans « le compte courant au crédit de B., et qui auraient été effectués autre- « ment qu'en espèces ou effets de commerce, depuis la cessation de paie- « ments du failli, intenta contre F. frères une action en nullité, pour cause « de dol et de fraude, de ces paiements, et en rapport des sommes ou valeurs « réalisées de la sorte par F. frères ; qu'en statuant sur cette action nou- « velle, qui, dans son objet comme dans sa cause, différait essentiellement « de la première contestation, le tribunal de commerce de Marmande et la « Cour impériale d'Agen ont constaté, en fait, que, postérieurement au

Il y a une catégorie de créanciers pour lesquels il s'était élevé des difficultés sous l'empire de l'ancien texte, qui était muet à leur égard ; ce sont les créanciers hypothécaires ou privilégiés dont on conteste l'hypothèque ou le privilége sans contester la créance. Tant que durera la contestation, considérera-t-on ces créanciers comme créanciers ordinaires et les admettra-t-on comme tels dans la faillite, ou bien les considérera-t-on comme hypothécaires ou privilégiés et les exclura-t-on comme tels de la participation au vote du concordat? Il y a inconvénient à les admettre, il y a inconvénient aussi à ne pas les admettre : si on les admet, il est possible que plus tard leur hypothèque ou leur privilége soit maintenu ; si on les exclut, il se pourra que ce soit à tort, si leur privilége ou leur hypothèque est annulé, car alors ils n'auront jamais été que des créanciers chirographaires. Il y avait donc là une difficulté sérieuse. Les auteurs de la nouvelle loi se sont efforcés de la résoudre ; mais ils n'y ont peut-être pas complétement réussi.

Ils ont décidé, dans l'art. 501, que le créancier dont il s'agit serait admis comme créancier ordinaire. Il est à regretter, peut-être, qu'ils n'aient pas distingué entre le cas où ce sont les syn-

« jour de la cessation de paiements de B., F. frères ont, par une conven-
« tion frauduleuse, obtenu du failli la livraison d'une quantité considéra-
« ble de marchandises qu'ils ont vendues pour leur compte, et que, à
« l'aide de cette fraude, ils se sont payés, au détriment de la masse, d'une
« somme de ....; — Attendu que l'arrêt dénoncé déclare que, dans l'état
« des faits, le syndic doit être présumé n'avoir pas eu connaissance des
« faits de dol et de fraude invoqués par lui ; — Attendu que l'erreur dont
« il excipe, loin de pouvoir être imputée à sa négligence ou à une inexacte
« appréciation des documents alors connus ou ayant dû l'être, est le fait
« même du créancier, dont les productions, au lieu de retracer avec une
« entière sincérité ses rapports avec son débiteur, dissimulaient des faits
« graves, de nature à modifier sa situation dans la faillite B. ; qu'une telle
« dissimulation, ayant eu pour résultat d'induire en erreur le syndic, a
« vicié les opérations de vérification, en mettant obstacle à leur exacti-
« tude ; — D'où il suit qu'en déclarant, dans l'état des faits ainsi constatés
« et appréciés, recevable et fondée l'action du syndic....., l'arrêt dénoncé
« n'a violé ni l'art. 497 du Code de commerce, ni les art. 1350 et 1351 du
« Code Napoléon,.... » (Dev.-Car., 60, 1, 273).

dics qui contestent le privilége ou l'hypothèque, et le cas où c'est seulement le failli ou un créancier isolé (1). En effet, dans le premier cas, aucune collusion n'est à craindre entre le créancier et ceux qui contestent son privilége ou son hypothèque : la contestation est sérieuse, et on peut la présumer plutôt bien fondée que mal fondée, car les syndics ne l'élèveront qu'à bon escient. D'ailleurs, comme elle est élevée au nom de la masse, il y aurait quelque chose d'inconséquent à ce que cette masse pût, tout à la fois, soutenir que le créancier n'est pas hypothécaire ou privilégié et se prévaloir contre lui de cette qualité pour l'exclure. Mais quand c'est simplement le failli qui conteste, ou un créancier isolé, on peut craindre que la contestation ne soit un moyen de faire participer à la délibération un créancier qui n'en subira pas les conséquences, parce que son hypothèque ou son privilége, bien que contesté, ne l'est que pour la forme et que le créancier ne court aucun risque de le voir annulé. D'ailleurs, ici la masse, qui ne conteste pas le privilége ou l'hypothèque, peut sans inconséquence écarter le créancier comme ayant effectivement cette qualité qu'il prétend lui appartenir.

Je crois donc qu'on aurait dû faire une distinction. Mais je suis forcé de reconnaître qu'on ne l'a pas faite, et que l'art. 501 comprend les deux cas dans la généralité de ses termes (2).

(1) Il n'y a guère lieu de regretter l'absence de cette distinction si l'on reconnaît, avec MM. Renouard (t. II, p. 27), Bédarride (t. II, nos 487-489) et Dalloz (*Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, no 645), et je suis bien disposé à le reconnaître, que le créancier dont parle l'art. 501 peut à la vérité *être admis dans les délibérations* (ce sont les expressions mêmes de la loi), mais qu'il ne peut pas voter sur le concordat, sous peine de perdre à l'instant son hypothèque ou son privilége par application de l'art. 508.

(2) Comme le fait remarquer M. Renouard (t. I, p. 559), l'art. 501, puisqu'il prévoit la contestation du privilége ou de l'hypothèque, suppose que les créances privilégiées ou hypothécaires sont soumises à la vérification. Voy., ci-dessus, p. 342 et suiv. Mais lorsqu'une créance de ce genre est admise au passif, le créancier doit-il, sous peine de perdre sa qualité de privilégié ou d'hypothécaire, faire expressément réserve de ladite qualité? La Cour de cassation, en 1841, avait admis l'affirmative (ci-dessus, p. 345, note). Depuis, cette doctrine a été repoussée avec raison par plusieurs Cours. Ainsi, je lis notamment dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de Caen du

CHAPITRE TROISIÈME

DU CONCORDAT.

Le concordat ayant pour but de replacer le débiteur à la tête de ses affaires, en lui accordant une réduction de son passif de

20 juin 1859, « qu'aucun texte de loi ne déclare que le défaut de réclama-« tion par le créancier d'un privilége, au moment de la vérification et de « l'affirmation de sa créance, emportera de plein droit renonciation à ce « privilége, comme le déclare l'art. 508 pour le vote au concordat; qu'il « faudrait donc, pour admettre cette renonciation, trouver dans les cir-« constances particulières du fait la preuve claire de la volonté de la faire...» (Dev.-Car., 60, 2, 51).

Vice versâ, s'il y a eu vérification et affirmation d'un créancier en qualité de privilégié ou d'hypothécaire, faut-il dire que désormais l'existence du privilége ou de l'hypothèque se trouve par là même à l'abri de toute contestation? La négative ne peut pas faire difficulté pour ceux qui admettent avec nous que l'on peut encore contester l'existence de la créance vérifiée et affirmée (voy., ci-dessus, p. 351 et suiv.). Mais, même parmi ceux qui pensent qu'en principe il n'y a plus de contestation possible sur l'existence d'une créance vérifiée et affirmée, on doit encore reconnaître qu'à cet égard il y a lieu de faire une distinction entre la créance et ses accessoires. Telle paraît bien être la doctrine de la Cour de Douai lorsqu'elle dit, dans les *considérants* de son arrêt du 17 février 1859 : « La vérification porte sur la sin-« cérité des créances, non sur les priviléges et hypothèques qui peuvent les « garantir; les syndics n'ont d'autre mandat que de s'assurer si la créance « existe et à concurrence de quelle somme. En effet, l'admission, aux « termes de l'art. 497 du Code de commerce, n'est acceptée par eux que « dans ces termes : *Admis au passif de la faillite pour la somme de*..... Le « créancier n'est appelé par le même article qu'à affirmer un fait person-« nel, à savoir que sa créance est légitime; mais les affirmations, sceau et « couronnement de la vérification, ne doivent pas et ne peuvent pas porter « sur l'existence du privilége ou de l'hypothèque..... La discussion du pri-« vilége ou de l'hypothèque ne peut et ne doit s'élever utilement que lors « de la répartition des deniers..... » (Dev.-Car., 59, 2, 294).

Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire par un arrêt

manière à rétablir l'équilibre entre l'actif et le passif, il faut nécessairement, avant qu'on délibère sur ce traité, que l'actif et le passif aient été régulièrement constatés. Il est donc clair que le concordat ne peut précéder ni l'inventaire ni la vérification des créances : il doit nécessairement les suivre (1). Mais, l'inventaire fait, et la vérification des créances terminée, il y a lieu de mettre en présence, d'une part, le failli, de l'autre, les créanciers, pour voir s'ils parviendront à s'entendre sur les conditions d'un arrangement qui fera cesser l'état de faillite en rétablissant le failli à la tête de ses affaires. Recherchons donc tout d'abord comment on s'y prendra pour les mettre en présence.

§ I. CONVOCATION ET ASSEMBLÉE DES CRÉANCIERS.

Les créanciers seront convoqués, c'est-à-dire invités à se présenter, et ce dans un double but, savoir : 1° à l'effet de délibérer sur le concordat ; 2° à défaut de concordat, à l'effet de s'entendre déclarer en état d'union. Ils seront convoqués par le gref-

du 25 février 1861, qui ne me paraît pas motivé d'une manière bien juridique. « En droit, dit la Cour, la solennité des formes avec lesquelles la « loi veut qu'il soit procédé à la vérification et à l'affirmation des créances « montre assez l'importance qu'elle y attache et les conséquences que doit « entraîner leur accomplissement. Il importe peu que les créanciers intéressés à contester ne se présentent pas en personne, puisque, d'une « part, ils ont été convoqués individuellement, et que, d'autre part, ils « sont représentés par les syndics chargés par la loi de défendre les intérêts de la masse des créanciers. Il n'y a pas à distinguer entre l'existence « de la créance et sa nature, la vérification devant porter sur l'une et sur « l'autre, lors surtout que la demande de collocation par privilége a été « formellement exprimée et que cette demande a été admise dans son entier « par les syndics, sans réserve de leur part et sans contradiction de la part « des créanciers présents. La conséquence des faits ainsi accomplis est la « formation d'un véritable contrat judiciaire, qui lie toutes les parties présentes ou régulièrement appelées et sur lequel nul ne saurait être admis « à élever plus tard des contestations » (Dev.-Car., 61, 1, 311).

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 507. Comp. M. Renouard, t. II, p. 10.

fier, sur l'ordre du juge-commissaire (1). Ils le seront, par lettres missives et par insertions dans les journaux, comme pour la vérification des créances (2), *dans les trois jours qui suivront les délais prescrits pour l'affirmation* (3), dit l'art. 504. Mais, comme ce délai de trois jours n'a pas de sanction, il est rarement observé, et les créanciers ne sont généralement convoqués que huit jours, quinze jours et même plus longtemps, après l'expiration des délais prescrits pour l'affirmation (4).

La loi n'a pas indiqué quel intervalle il devait y avoir entre le jour de la convocation et celui de la réunion. Elle s'en est rapportée, à cet égard, au juge-commissaire et au greffier, qui donnent en général aux créanciers un délai de cinq jours (5).

Voilà pour les créanciers. Occupons-nous maintenant du failli, qui est l'autre partie indispensable au concordat, puisque ce traité se forme entre deux parties seulement, d'un côté le failli, de l'autre les créanciers.

C'est au failli qu'appartient l'initiative, c'est à lui à proposer le projet de concordat sur lequel les créanciers sont invités à délibérer. Il faut donc appeler le failli. Mais, à son égard, on ne se contentera pas d'une simple lettre missive ou de l'insertion dans les journaux : il lui sera fait une sommation par huis-

(1) Voy., ci-dessus, p. 105. — Aux termes de l'art. 514 du Code de 1808, les créanciers dont les créances avaient été admises étaient convoqués *par les syndics provisoires*.

(2) « Les insertions dans les journaux et les lettres de convocation indi-« queront l'objet de l'assemblée » (art. 504 *in fine*). Comp. les art. 492 et 493, et, ci-dessus, p. 346 et 348.

(3) Le point de départ du délai de trois jours, c'est l'expiration de la huitaine qui suit l'admission du créancier dernier vérifié.

(4) Cependant M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 657) enseigne que la convocation des créanciers dans les trois jours est de rigueur.

(5) L'art. 505 se borne à dire : « Aux lieu, jour et heure *qui seront fixés* « *par le juge-commissaire*, l'assemblée se formera sous sa présidence. » Ainsi, le juge-commissaire a un pouvoir discrétionnaire ; seulement, il doit veiller à ce que l'intervalle soit suffisant pour que les créanciers domiciliés au dehors aient le temps de venir ou d'envoyer leurs instructions à leurs mandataires.

sier (1). C'est ainsi qu'est entendu et appliqué le texte législatif, qui veut que les créanciers soient *convoqués* (art. 504) et que le failli soit *appelé* (art. 505). Cependant, quand les syndics ont la certitude que le failli se présentera, ils s'abstiennent de lui faire une sommation ; mais ils engagent en cela leur responsabilité : car, si le failli ne se présentait pas, le juge-commissaire pourrait, à raison du défaut de sommation, renvoyer l'assemblée à un autre jour, et les frais qui en résulteraient seraient supportés par les syndics.

Maintenant, demandons-nous comment les créanciers et le failli comparaîtront.

Quant aux créanciers, ils seront libres de se présenter, soit en personne, soit par fondés de pouvoirs (2) ; mais le failli, lui, devra se présenter en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par un obstacle de force majeure, lorsque, par exemple, il est en état d'arrestation. Lors même qu'il lui est matériellement possible de se présenter, il pourrait avoir des raisons valables pour ne pas le faire, et alors il serait admis à se faire représenter par un fondé de pouvoirs ; mais il faudrait que ses motifs fussent approuvés par le juge-commissaire (3).

(1) Cette sommation n'est pas donnée à la requête du juge-commissaire, mais à la requête des syndics.

(2) Voy. l'art. 505, 1er alinéa *in fine*. — La loi n'exige pas qu'il y ait procuration en forme authentique. Comme l'a reconnu un arrêt de la Cour de Montpellier, du 10 juillet 1858 (Dev.-Car., 59, 2, 247), elle ne défend pas qu'une même personne soit chargée de représenter plusieurs créanciers. Le mandat de gérer, conçu en termes généraux, n'autoriserait pas le mandataire à voter sur le concordat (C. Nap., art. 1988).

(3) « Le failli, dit le 2e alinéa de l'art. 505, doit se présenter en personne, « s'il a été dispensé de la mise en dépôt ou s'il a obtenu un sauf-conduit ; « et il ne pourra se faire représenter que pour des motifs valables et ap- « prouvés par le juge-commissaire. »

Il résulte de cette disposition que le failli qui n'a pas été dispensé de la mise en dépôt et qui n'a pas obtenu un sauf-conduit est admis de plein droit à se faire représenter, lors même qu'en fait il jouirait encore de sa liberté : il pourra se faire représenter, sans avoir besoin d'alléguer des motifs valables et approuvés par le juge-commissaire. Le cas qui nous occupe diffère, à ce point de vue, du cas prévu par l'art. 475. En effet, ce

Il y a donc une double différence entre les créanciers et le failli : différence quant au mode à suivre pour les mettre en demeure de se présenter, différence quant à la manière dont ils peuvent se présenter.

Supposons les deux parties qui sont indispensables pour tout concordat, supposons-les présentes, et demandons-nous quelles sont les autres personnes qui se trouveront à l'assemblée. Ce sera d'abord le juge-commissaire, qui présidera et qui sera assisté du greffier; puis, ce seront les syndics, qui ont ici un rôle spécial, celui d'éclairer la délibération.

Maintenant que nous connaissons tous les éléments dont se compose l'assemblée, voyons ce qui va s'y passer :

1° On commencera, comme dans toutes les assemblées délibérantes, par vérifier les pouvoirs de ceux qui se présenteront comme fondés de pouvoirs des intéressés (1) ;

2° Il y aura un débat préparatoire, destiné à éclairer et à faciliter la délibération (art. 506). Le juge-commissaire invitera

dernier article est ainsi conçu : « Les syndics appelleront le failli auprès « d'eux, pour clore et arrêter les livres en sa présence. S'il ne se rend pas « à l'invitation, il sera sommé de comparaître dans les quarante-huit heu- « res au plus tard. *Soit qu'il ait ou non un sauf-conduit*, il pourra compa- « raître par fondé de pouvoirs, *s'il justifie de causes d'empêchement reconnues valables par le juge-commissaire.* » Comp., ci-dessus, p. 316.

Si le failli qui a obtenu un sauf-conduit ne se présente pas en personne ou ne se fait pas représenter avec approbation du juge-commissaire conformément à notre art. 505, il peut par cela seul être déclaré banqueroutier simple (art. 586-5°).

Lorsque le failli n'a pas été dispensé de la mise en dépôt et n'a pas obtenu de sauf-conduit, il se produit un résultat qui a quelque chose de bizarre et de rigoureux. La sommation donnée par les syndics ne peut pas être considérée comme équivalant à un sauf-conduit accordé par le tribunal : en conséquence, le failli, s'il se rend à cette sommation, pourra très-bien être incarcéré. Peut-être le législateur aurait-il dû ne pas le mettre dans une position si embarrassante. Comp., ci-dessus, p. 149, note 2.

(1) L'art. 517 du Code de 1808 disait positivement : « Le commissaire « vérifiera les pouvoirs de ceux qui se présenteront comme fondés de pro- « curation. » Ainsi que l'a déclaré M. Renouard dans son rapport à la Chambre des députés, on a supprimé cette disposition comme surabondante et inutile : la vérification dont il s'agit est de droit.

les syndics à donner lecture d'un rapport, qu'ils ont dû rédiger d'avance, et qui est destiné à faire connaître exactement l'état de la faillite, les formalités qui ont été remplies, le montant de l'actif et du passif, et, approximativement au moins, le chiffre du dividende qui reviendrait aux créanciers s'ils menaient la faillite jusqu'à son dernier terme. Ce rapport était trop important pour qu'on permît aux syndics de le faire verbalement (1) : aussi l'art. 506 veut-il qu'il soit rédigé par écrit et signé par les syndics. Il sera remis au juge-commissaire, qui le joindra à son procès-verbal, et le déposera en même temps au greffe, où il pourra être consulté par les divers intéressés (2). Après la lecture de ce rapport, le failli pourra présenter des observations, soit pour confirmer, soit pour rectifier, soit pour compléter, celles des syndics, surtout en ce qui est relatif à sa gestion, et en ce qui le concerne, lui, personnellement. Le juge-commissaire pourra aussi, bien que la loi ne le dise pas, autoriser les créanciers à intervenir dans ce débat, et à présenter les observations qu'ils croiront utiles ; mais le failli a le droit d'être entendu, tandis que les créanciers ont seulement le droit de demander à l'être.

Ces discussions préliminaires terminées, on passe à la délibération sur le concordat.

§ II. FORMATION DU CONCORDAT.

Le failli, je l'ai déjà dit, a seul le droit de proposer le concordat ; c'est à lui exclusivement qu'appartient l'initiative. Le juge-commissaire l'invitera donc à donner lecture du projet de con-

(1) C'est cependant ce qui pouvait avoir lieu sous l'empire du Code de 1808.

(2) « Le rapport des syndics sera remis, signé d'eux, au juge-commis-« saire, qui dressera procès-verbal de ce qui aura été dit et décidé dans « l'assemblée » (art. 506, 2e alinéa).

cordat. Cette lecture sera faite par le failli, ou par son conseil, s'il a jugé à propos de se faire assister par un conseil : car la loi ne lui interdit pas cette faculté, et la pratique l'admet. On comprend, en effet, que le failli se trouvera, en présence de ses créanciers, dans une position assez embarrassante, et qu'il lui serait mal aisé de discuter contradictoirement avec eux, à qui il fait perdre une notable partie de ce qui leur est dû (1).

Après la lecture du projet de concordat par le failli ou par son conseil, ce projet est remis au juge-commissaire, qui en donne une seconde lecture, en y ajoutant les observations qu'il juge convenables pour bien faire comprendre le sens et la portée des diverses propositions qui y sont contenues.

C'est alors que la discussion commence. Voici à peu près le cadre dans lequel elle roule en général :

Parmi les créanciers, il y en a souvent qui reprochent au failli certains actes de sa gestion, qui lui reprochent d'avoir manqué de prudence ou même de loyauté dans telle ou telle circonstance; il y en a d'autres qui déclarent que le chiffre du dividende offert par le failli leur paraît insuffisant, et qui demandent qu'il soit porté plus haut, sans quoi ils ne voteront pas le concordat; il y en a même assez souvent qui indiquent au failli, comme un moyen d'améliorer la position de ses créanciers, la renonciation par sa femme à la totalité de ses reprises : ils l'invitent à user, s'il le peut, de ce moyen (2). Enfin ce qui fait que beaucoup de concordats sont refusés, c'est que les créanciers, sans contester le chiffre du dividende offert et en l'acceptant, demandent que le failli donne des garanties : « Garantissez-nous, disent-ils, que vous paierez réellement le dividende offert et aux

(1) Ainsi, le failli, qui ne peut que dans des cas exceptionnels se faire représenter à l'assemblée (voy. l'art. 505 *in fine*), peut toujours, au contraire, s'y faire assister d'un conseil.

(2) Evidemment, pour qu'il soit praticable, il faut supposer avant tout que le failli n'est pas marié sous le régime dotal. Autrement, le tribunal devrait refuser d'homologuer le concordat. Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de Rouen, du 9 mars 1846 (Dev.-Car., 46, 2, 537).

époques indiquées. » Les créanciers demandent, par exemple, qu'il leur donne caution ; et, quand le débiteur ne peut ou ne veut fournir cette caution, le concordat lui est refusé.

Quoi qu'il en soit, le failli, ou plutôt, par la raison que j'ai indiquée, son conseil (c'est ordinairement un agréé au tribunal de commerce ou un avoué, quelquefois un avocat) répondra aux objections qui seront faites par les créanciers, et s'efforcera de faire adopter les propositions du failli. Cette délibération pourra durer une ou plusieurs séances.

Quelles sont précisément les personnes qui seront admises à y prendre part? Seront-ce tous les créanciers indistinctement? Non, il y en a qui ne seront pas admis à cette délibération. Ce sont :

1° Ceux qui n'ont pas fait vérifier et ceux qui n'ont pas affirmé leurs créances ;

2° Ceux dont les créances sont contestées, à moins qu'ils n'aient obtenu leur admission provisionnelle pour la totalité ou pour partie de leurs créances (1) ;

3° Les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France : car on ne les attendra pas ; et, comme le dit positivement l'art. 502, à l'expiration des délais accordés aux créanciers domiciliés en France, on passera outre à la délibération et au vote du concordat (2) ;

4° Les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis (3). Ils ne

(1) L'exclusion de ces deux premières classes résulte clairement de l'art. 504, aux termes duquel le juge-commissaire fait convoquer seulement *les créanciers dont les créances auront été vérifiées et affirmées ou admises par provision.*

(2) A la rigueur, ces créanciers rentrent dans la première classe : car ils n'ont pu faire vérifier ni affirmer leurs créances. Si par extraordinaire leurs créances se trouvaient vérifiées et affirmées lors de la convocation ordonnée par le juge-commissaire, il n'y aurait évidemment aucune raison pour ne pas les admettre à la délibération.

(3) Il n'est pas parfaitement exact de mettre les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis, sur la même ligne que les créanciers dont le droit n'est pas vérifié et affirmé. Ceux-ci sont incapables de participer au vote sur le concordat : ils pourraient être exclus de la délibération, s'ils vou-

peuvent participer à la délibération, ni au vote du concordat : car ils sont considérés comme étant et restant en dehors de la faillite, au moins à beaucoup d'égards; d'ailleurs, ils n'ont pas le même intérêt que les autres, puisque leur hypothèque, leur privilége ou leur droit de nantissement les met à l'abri du sacrifice qui sera consenti par le concordat. Ils ne peuvent donc pas concourir par leur vote à imposer ce sacrifice aux autres, en ne le subissant pas eux-mêmes. Toutefois, si un créancier avait en même temps deux créances, dont l'une serait hypothécaire ou privilégiée, et l'autre simplement chirographaire, rien ne s'opposerait à ce que pour sa créance chirographaire il concourût au concordat comme tous les autres créanciers : car sa position ne diffère en rien, à cet égard, de celle des autres. C'est pourquoi, en parlant de ces créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis, on a dit dans l'art. 508, ce qui du reste allait de soi : « N'auront point voix... *pour lesdites créances* » (1).

laient y concourir. Les autres sont absolument libres de participer à ce vote, et la Cour de cassation a même jugé, le 24 août 1836, qu'ils doivent être appelés à l'assemblée (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 694); seulement, comme nous allons le voir, s'ils participent au vote, ils sont censés par là même renoncer à leur qualité de créanciers hypothécaires ou privilégiés, ils seront compris désormais dans la masse chirographaire. — Cette observation critique ne s'adresse pas uniquement à M. Bravard, qui a compris dans la même énumération deux classes de créanciers dont la position est si différente; jusqu'à un certain point, elle s'adresse au législateur lui-même, qui ne s'est pas exprimé avec une justesse parfaite quand il a dit, au commencement de l'art. 508 : « Les créanciers hypothécaires, . inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers privilégiés ou nantis « d'un gage, *n'auront pas voix dans les opérations relatives au concordat...* » Du reste, la fin de cet article vient rectifier le commencement.

(1) Ces mots *pour lesdites créances* ont été ajoutés, et ajoutés dans le but qu'indique M. Bravard, par la seconde Commission de la Chambre des pairs.

Le créancier qui a ainsi, tout à la fois, une créance hypothécaire ou privilégiée et une créance chirographaire, ce créancier, lorsqu'il votera au concordat, agira toujours prudemment en réservant d'une manière expresse son droit d'hypothèque ou de privilége : autrement on pourrait juger, par application de l'art. 508 *in fine*, qu'il y a renoncé. Voy. M. Renouard, t. II, p. 23.

Cet art. 508 considère même le vote au concordat comme emportant de plein droit renonciation à l'hypothèque ou au privilége, parce que la participation à ce traité est incompatible avec la qualité d'hypothécaire ou de privilégié (1); et cette disposition

(1) Après avoir dit que les créanciers dont il s'agit n'auront pas voix dans les opérations relatives au concordat pour lesdites créances, l'article ajoute : « Elles n'y seront comptées que s'ils renoncent à leurs hypothè- « ques, gages ou priviléges. Le vote au concordat emportera de plein « droit cette renonciation. » De ces deux propositions, la première ne doit pas être expliquée ici : elle se rattache à la règle posée dans l'art. 507, règle dont nous allons nous occuper dans un instant.

Pour que le créancier qui a voté au concordat soit considéré comme ayant renoncé à son droit d'hypothèque ou de privilége, faut-il qu'en définitive il y ait concordat? La loi ne l'exige point : la présomption de renonciation est attachée par elle à la simple circonstance que le créancier a pris part au vote. Comme le dit la Cour de Bordeaux dans les *considérants* d'un arrêt du 22 août 1844, « s'il est vrai que, dans le cas de l'art. 509, les « résolutions prises et les adhésions données lors de la première assemblée « doivent demeurer sans effet; s'il est vrai, d'ailleurs, qu'en principe un « projet de traité, non accepté, doit rester sans effet; qu'il doit même en « être ainsi des opérations en général relatives à un concordat qui ne s'est « pas formé et qui s'est réduit à une tentative, il n'en est pas moins cer- « tain que, indépendamment de la non-formation, inexistence ou non « adoption d'un concordat, le susdit art. 508 a voulu que le simple vote au « concordat emportât renonciation au privilége, et qu'après un pareil « abandon le créancier ne peut ressaisir le privilége ou s'en prévaloir... » (Dev.-Car., 45, 2, 287).

M. Alauzet (t. IV, n° 1789) propose sur ce point une distinction que je ne puis admettre. Il reconnaît que la renonciation au privilége ou à l'hypothèque doit être maintenue lorsque le vote auquel le créancier a pris part n'a pas eu pour résultat la concession du concordat; mais il décide le contraire lorsque le concordat est annulé ou que l'homologation est refusée. Il m'est impossible de saisir le motif de cette distinction. Si, comme le dit M. Alauzet, le créancier n'est censé avoir renoncé à son droit de préférence qu'en retour des avantages promis par le concordat, logiquement il faut regarder la renonciation comme non avenue aussi bien quand il n'y a pas eu la double majorité requise par l'art. 507 que quand le tribunal n'a pas voulu homologuer le concordat; or c'est ce que notre auteur n'ose pas faire. — Du reste, la Cour de Bordeaux a formellement décidé, par un arrêt du 19 août 1858, que le vote d'un créancier hypothécaire au concordat emporte renonciation à l'hypothèque, quand même le concordat viendrait ensuite à être annulé pour inexécution des conditions qu'il contient (Dev.-Car., 59, 2, 150).

— La loi considère le vote au concordat comme emportant renonciation

a fait naître une question, fort importante en pratique et en droit, et sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord. Un créancier hypothécaire ou privilégié sera-t-il dans la nécessité absolue, ou de s'abstenir de toute participation au concordat, ou de renoncer complétement à son droit de préférence ? L'affirmative est enseignée par le plus grand nombre des auteurs, sinon par tous, et ils se fondent à cet égard sur l'art. 508, qui leur paraît formel.

Mais c'est mettre le créancier dans une position par trop difficile, et se montrer même injuste à son égard (1) : car, bien qu'il ait une hypothèque ou un privilége pour la totalité de sa créance, il est cependant fort possible qu'il ne soit colloqué utilement, comme hypothécaire ou comme privilégié, que pour une partie, et même pour une faible partie de ce ce qui lui est dû. Dès lors, pour le surplus, il peut justement prétendre qu'il n'est qu'un créancier chirographaire. Par conséquent, il doit pouvoir concourir au vote, au moins pour une partie de sa créance.— La difficulté vient de ce que, tant que l'objet grevé du privilége ou de l'hypothèque n'est pas vendu, on ne peut savoir d'une

tacite au privilége ou à l'hypothèque. Mais évidemment cette renonciation tacite n'est possible que là où il pourrait y avoir renonciation expresse. En conséquence, si l'on admet que la femme mariée sous le régime dotal ne peut aucunement renoncer à l'hypothèque qui garantit sa créance dotale, il faut décider que la femme en votant au concordat de son débiteur failli (par exemple, de son mari) n'a pas pu altérer son droit. La jurisprudence admet bien cela ; mais elle admet, au contraire, que, le mari pouvant disposer à son gré de la dot mobilière, la circonstance qu'il a voté au concordat du débiteur de sa femme a fait perdre à celle-ci le droit d'hypothèque qui garantissait sa créance : voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 26 août 1851 (Dev.-Car., 51, 1, 805). De même, si l'on admet que, lorsqu'un mineur a une créance hypothécaire, la renonciation à l'hypothèque exige les mêmes formalités que l'aliénation des immeubles ou que la transaction, il faut dire que le mineur ne se trouve pas perdre son hypothèque par cela seul que le tuteur vote au concordat du débiteur en faillite : c'est aussi ce que la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 18 juillet 1843 (Dev.-Car., 43, 1, 778). Comp. M. Renouard, t. II, p. 24.

(1) M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 695) convient qu'il y a injustice; mais il croit que cette injustice est dans la loi.

manière certaine si le créancier sera ou non utilement colloqué, et jusqu'à concurrence de quelle somme il le sera. Dans cet état d'incertitude, les auteurs ne voient d'autre parti à prendre que d'exclure le créancier de la délibération, s'il ne renonce pas complétement à son hypothèque. En effet, il est possible que, malgré les dires du créancier sur l'insuffisance de son hypothèque, il soit colloqué utilement pour le tout (1).

(1) Le Conseil d'Etat, dans sa séance du 23 avril 1807, avait adopté un art. 79, ainsi conçu : « Les créanciers hypothécaires n'ont point de voix « dans les délibérations relatives au concordat. » Il est bon de reproduire ici la discussion qui précéda l'adoption de cet article :

« M. l'archichancelier demande pourquoi on se refuse à donner voix aux créanciers hypothécaires. Cette disposition pouvait se lier au système de la séparation des masses; mais, puisque ce système a été rejeté, on ne voit plus quel en serait l'objet.

« M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que la disposition est fondée sur ce que les deux classes de créanciers ont un intérêt différent. Les créanciers hypothécaires n'ont qu'un reliquat à recouvrer, puisque leur créance leur est déjà en partie remboursée : il serait donc à craindre qu'ils ne votassent pour une remise plus forte que ne l'exige l'intérêt des chirographaires, qui n'ont rien reçu.

« M. Bigot-Préameneu convient qu'en général le créancier dont les droits sont assurés par un gage a un intérêt différent de celui des créanciers chirographaires. Cependant la règle qu'on propose est trop absolue : il est possible que le créancier hypothécaire, primé par d'autres créanciers, n'ait rien reçu. La disposition n'était pas dans le projet de la Commission; le tribunal de commerce d'Avallon est le seul qui l'ait réclamée.

« M. Siméon observe que cependant la disposition est conforme à l'usage établi, et qu'il est fondé en raison : puisque les créanciers chirographaires ne lient point les créanciers hypothécaires, ces derniers aussi ne doivent pas lier les chirographaires.

« M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit qu'il est constant que les créanciers hypothécaires sont, en général, dans une position qui leur permet de se contenter d'une pactisation moins forte que les chirographaires : dès lors l'intérêt des premiers ne peut jamais être compromis par la délibération des autres. Il n'en est pas de même des chirographaires. Cette réflexion suffit pour fixer les esprits. »

En résumé, la difficulté que nous examinons avait été soulevée, d'une manière un peu vague il est vrai, au Conseil d'Etat. Mais on avait passé outre. —Voici maintenant les observations du Tribunat :

« Les Sections du Tribunat pensent qu'il est juste que les créanciers hypothécaires et ceux nantis d'un gage n'aient point de voix au concordat, *quand leur hypothèque ou leur gage est assuré et suffit à les remplir de leurs*

Je crois cependant qu'il y a un terme moyen, qui concilie assez bien l'intérêt du créancier et celui de la masse. Le créancier, s'il estime que son hypothèque ne peut lui procurer le paiement que d'une partie de sa créance, pourra renoncer à cette hypothèque pour l'autre partie, et alors il sera dans la même position que s'il avait deux créances, l'une hypothécaire, l'autre chirographaire ; auquel cas il pourrait, sans aucun doute, prendre part au concordat comme ayant une créance chirographaire. Ce moyen, que j'avais indiqué dès le principe, est suivi dans la pratique, et je ne sache pas qu'il ait jamais donné lieu à contestation (1).

créances. Mais il peut arriver souvent que le créancier hypothécaire surtout n'ait qu'un gage incertain..... soit que les frais d'expropriation et d'ordre l'absorbent en tout ou en partie, soit que l'hypothèque soit primée par quelque autre plus ancienne ou bien par quelque privilége... Ce n'est pas assez d'empêcher que les créanciers hypothécaires ne fassent la loi aux chirographaires : il faut pourvoir aussi à ce que les chirographaires ne nuisent pas aux hypothécaires, et à ce que les effets du concordat ne s'étendent point jusqu'à ceux-ci sans leur consentement. C'est une précaution qu'avait prise l'ancienne Ordonnance du commerce et qu'il est bon de conserver. — D'après ces idées, on rédigerait l'article ainsi :

« Les créanciers hypothécaires inscrits et ceux nantis d'un gage n'auront point de voix dans les délibérations relatives au concordat. — Si cependant ces créanciers justifient, à l'époque de la délibération, que leur hypothèque ou gage est insuffisant, ils seront admis à délibérer avec les créanciers chirographaires pour l'excédant de la créance sur la valeur de l'immeuble hypothéqué ou des gages. La valeur de l'immeuble sera déterminée par l'évaluation du revenu d'après la matrice du rôle, conformément à l'art. 675 du Code de procédure civile. — Aucune majorité de créanciers ne pourra, sans le consentement individuel et personnel des hypothécaires et des privilégiés, porter atteinte à leurs priviléges et hypothèques. »

Le 1er alinéa de cet article est devenu l'art. 520 du Code de 1808; les deux autres alinéas n'ont pas reçu force de loi, et c'est notamment là-dessus qu'on se fonde pour dire que le créancier hypothécaire ou privilégié ne peut que s'abstenir de voter au concordat ou perdre complétement son droit de préférence. Voy. MM. Renouard (t. II, p. 22 et 23) et Dalloz (*loc. cit.*).

(1) « Quant à nous, dit M. Alauzet (t. IV, no 1786), nous partageons de la manière la plus complète la conviction de M. Bravard-Veyrières, et nous croyons que le savant professeur a donné la véritable explication

— Voilà quels sont les créanciers qui seront admis, et ceux qui ne seront pas admis à la délibération et au vote du concordat. Mais il reste un autre point très-important à discuter : par qui le concordat devra-t-il être voté? Sera-ce par tous les créanciers

« de l'art. 508. Mais il est bon que l'on sache que la question ne s'est pas « encore présentée devant les tribunaux. »

— Nous avons toujours supposé jusqu'ici un créancier qui a hypothèque ou privilége sur un bien du failli. L'art. 508 serait-il encore applicable au cas où un créancier du failli aurait hypothèque ou privilége sur un bien appartenant à un tiers? D'abord il est certain que le texte de la loi ne distingue pas suivant que le bien affecté à la sûreté de la créance appartient au failli lui-même ou appartient à un tiers. De plus, le motif qui a fait écrire la disposition de l'art. 508, c'est que le créancier hypothécaire ou privilégié accorderait trop facilement une réduction dont il ne doit pas souffrir; or ce motif existe pleinement, lors même que le créancier a hypothèque ou privilége sur le bien d'un tiers. Enfin le tiers-détenteur, quand il aura payé le créancier, aura probablement un recours à exercer contre le débiteur, ou plutôt contre sa faillite; or il n'est pas possible qu'on admette en même temps et pour la totalité de la créance aux opérations de la faillite le créancier primitif et le tiers qui doit le désintéresser : il faut donc y admettre seulement celui qu'en définitive le concordat intéresse davantage, c'est-a-dire le tiers détenteur. J'arrive donc à dire que, même dans le cas où le droit de préférence grève le bien d'un tiers, le créancier qui vote au concordat du débiteur personnel doit être considéré comme ayant renoncé audit droit de préférence. La Cour de cassation s'est cependant prononcée en sens contraire, par un arrêt du 20 juin 1854. Mais cet arrêt ne me paraît pas motivé d'une manière bien sérieuse. En effet, la Cour se borne à dire « que, dans toutes les dispositions du Code de com- « merce qui précèdent l'art. 508, il n'est question des créanciers et de « leurs droits que relativement à la personne et aux biens du failli; que « c'est dans le même sens que s'expliquent la Section 2 du Chapitre VII, « intitulée *Des créanciers nantis de gages et des créanciers privilégiés sur « les biens meubles*, et la Section 3 du même Chapitre, intitulée *Des droits « des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles*; et que les « art. 546 et suiv. s'appliquent exclusivement aux gages, priviléges et hy- « pothèques existant sur des biens appartenant au failli; qu'ainsi l'art. 508, « dans l'interdiction de voter au concordat qu'il prononce contre les créan- « ciers hypothécaires, privilégiés ou nantis d'un gage, et dans la déchéance « de leurs hypothèques, priviléges ou gages, dont il frappe ceux qui au- « ront voté, ne s'applique qu'aux hypothèques, priviléges ou gages exis- « tant sur les biens appartenant au failli lui-même, et non aux hypothè- « ques, priviléges et gages conférés et existant sur des biens apparte- « nant à des tiers » (Dev.-Car., 54, 1, 593). Comp. M. Alauzet (t. IV, nº 1788).

admis à délibérer, ou suffira-t-il qu'il soit voté par un certain nombre d'entre eux?

En principe, le concordat est obligatoire pour tous les créanciers. Il faut bien qu'il en soit ainsi : car, s'il y en avait un, un seul, qui en fût affranchi, il aurait le droit de demander que la procédure de la faillite suivît son cours, et dès lors il n'y aurait pas de concordat possible. Ce principe est certain. Il avait cependant été révoqué en doute sous l'empire de l'ancien texte du Code, du moins à l'égard de certains créanciers, notamment des créanciers non portés au bilan (1) ; mais aujourd'hui il a été mis hors de toute contestation par l'art. 516, qui déclare que le concordat dûment homologué est obligatoire pour tous les créanciers, — aussi bien pour les créanciers non portés au bilan que pour ceux qui y sont portés, — aussi bien pour les créanciers non vérifiés que pour les créanciers vérifiés. Seulement, il faudra que les créanciers non vérifiés fassent reconnaître leur qualité avant de pouvoir réclamer un dividende concurremment avec les autres créanciers. De même, le concordat est obligatoire pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, comme pour ceux qui sont domiciliés en France. Enfin il est obligatoire pour ceux qui ont été admis par provision, quelle que soit la somme que le jugement définitif leur attribue ultérieurement (2).

Dès lors, ne semble-t-il pas que le consentement de tous les créanciers doive être nécessaire pour qu'il y ait concordat?

Mais, d'un autre côté, exiger la condition de l'unanimité pour ce traité, ce serait le rendre impossible : car il y aura toujours

(1) Le Code de 1808 disait (art. 524) que l'homologation rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers. Toutefois la Cour de Paris avait jugé, le 2 février 1822, que le concordat n'est point obligatoire pour le créancier qui n'y a point été appelé et qui n'était pas compris au bilan; et, de même, la Cour de cassation avait jugé, le 24 août 1836, qu'un créancier non porté au bilan du failli peut le faire condamner à la totalité de sa créance nonobstant le concordat, auquel le créancier est resté étranger (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 783).

(2) Ce sont les expressions mêmes de l'art. 516.

des créanciers non présents ou dissidents. D'ailleurs, si tous les créanciers étaient présents et consentants, ils seraient dans les termes du droit commun, non dans ceux du droit spécial aux faillites : il y aurait là un contrat ordinaire et non pas un concordat.

Il est donc clair que, pour ce traité, on ne pouvait pas exiger la condition de l'unanimité. On se contentera de la majorité, mais d'une majorité exceptionnelle, comme je vais l'expliquer tout à l'heure ; et, de plus, il faudra, pour suppléer au défaut de consentement de quelques-uns des intéressés, l'homologation du tribunal, sans laquelle le concordat ne saurait exister (1). C'est

(1) Tout cela est parfaitement indiqué par Pothier, dont je crois bon de transcrire ici le passage (*Oblig.*, nos 85, 87 et 88) :

« Une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet « de la convention, et seulement entre les parties contractantes (L. 27 § 4, « Dig., *De pactis*).....

« L'obligation qui naît d'une convention et le droit qui en résulte étant « formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle « ne peut obliger un tiers ni donner de droit à un tiers dont la volonté n'a « pas concouru à former la convention.....

« Il semblerait qu'on pourrait opposer contre notre principe ce qui s'ob- « serve à l'égard des contrats d'*atermoiement*. Lorsqu'un débiteur, qui se « dit hors d'état de faire honneur à ses dettes, a fait une convention avec « les trois quarts de ses créanciers (ce qui s'estime, *non pro numero perso-* « *narum, sed pro cumulo debiti*), cette convention, qui contient des termes « et des remises accordés au débiteur, peut être opposée aux autres « créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été parties au contrat ; et le débiteur « peut, en les assignant, faire déclarer commune avec eux la convention ; « sauf qu'elle ne pourra préjudicier à leurs hypothèques et priviléges, s'ils « en ont.

« Ceci n'est pourtant pas proprement une exception à notre principe : « car ce n'est pas la convention faite avec les trois quarts des créanciers « qui oblige *per se*, par elle-même et par sa propre vertu, les autres « créanciers qui n'y ont point été parties, à faire les remises qui y sont por- « tées : cette convention ne sert qu'à faire connaître au juge qu'il est de « l'intérêt commun des créanciers que cette convention soit exécutée par « tous les créanciers, la présomption étant que ce grand nombre de créan- « ciers ne s'est réuni à accorder ces remises que parce qu'il était de l'in- « térêt commun des créanciers de les accorder pour avoir le paiement du « restant. Et, comme il n'est pas juste que la rigueur de quelques créan- « ciers nuise à l'intérêt commun des créanciers, le juge les condamne à

donc, non pas un contrat proprement dit, mais un traité qui a un caractère à la fois conventionnel et judiciaire.

Comment se calculera, et d'après quelles bases s'établira la majorité? Considérera-t-on l'*intérêt*, c'est-à-dire le chiffre nominal de chaque créance, ou bien le *nombre*, c'est-à-dire la personne de chacun des créanciers envisagés individuellement? Suivant qu'on s'attachera à l'intérêt ou au nombre, il est clair qu'on arrivera à des résultats totalement différents. En effet, si la majorité se calcule d'après la quotité des créances, il suffira, pour qu'il y ait majorité en sommes, que les créanciers consentants, quel que soit leur nombre, représentent par le chiffre de leurs créances plus de la moitié du passif; et, pour qu'il y ait la majorité des trois quarts en sommes, qu'ils représentent les trois quarts du passif vérifié et affirmé (1). Ainsi, par exemple, supposons que le passif est de 100,000 fr. : il suffira, pour qu'il y ait majorité des trois quarts en sommes, du consentement d'un seul créancier s'il lui est dû 75,000 fr., ou de deux qui auraient été admis au passif chacun pour 37,500 fr. ; — tandis que, si l'on s'attache au nombre, et que les créanciers soient au nombre de 20, il faudra,

« accéder à la convention et à accorder au débiteur les remises et les ter-« mes qui y sont portés..... »

On peut, comme le fait Pothier, rattacher le contrat d'*atermoiement* à la convention par laquelle, chez les Romains, les créanciers d'une succession, pour décider l'héritier à faire adition, convenaient de ne pas exiger de lui le montant intégral de leurs créances. Nous trouvons, en effet, dans cette convention les traits principaux du contrat d'*atermoiement* et de notre concordat. Je me borne à signaler la décision suivante : « *Ita demùm pactio creditoribus obest, si convenerint in unum, et communi consensu declaraverint quotâ parte debiti contenti sint. Si verò dissentiant, tunc Prætoris partes necessarie sunt, qui decreto suo sequitur majoris partis voluntatem* » (L. 7 § 19, Dig., *De pactis*). Le rédacteur de l'Ordonnance de 1673 avait sans doute sous les yeux le texte d'Ulpien, lorsqu'il a dit (Titre XI, art. 7) : « En cas d'opposi-« tion, ou de refus de signer les délibérations, par les créanciers dont les « créances n'excéderont le quart du total des dettes, voulons qu'elles « soient homologuées en justice, et exécutées comme s'ils avaient tous « signé. »

(1) En ne comptant pas dans ce passif le montant des dettes hypothécaires ou privilégiées (voy. l'art. 508, 1er alinéa *in fine*).

pour qu'il y ait majorité en nombre, le consentement de 11 au moins; et le consentement de ces 11 créanciers suffira, quand même à eux tous ils ne représenteraient pas la moitié, ni même le quart du passif, c'est-à-dire 50,000 fr. ou 25,000 fr. La différence est donc, comme il est facile de le voir, on ne peut plus tranchée.

Quelle est de ces deux données celle qui doit prédominer? C'est évidemment l'intérêt : car, entre chaque créancier et le failli et les autres créanciers, il n'y a qu'un lien purement pécuniaire, un lien d'intérêt, de créance, non de personne, et c'est en proportion du chiffre de sa créance que chacun des créanciers subira la réduction qui sera consentie par le concordat. Donc, avant tout, il faut considérer quelle est la quotité du passif représentée par les créanciers consentants. Aussi est-ce à cette donnée, et exclusivement à cette donnée, que s'était attachée l'Ordonnance de 1673. Elle exigeait que le concordat fût voté par un nombre de créanciers représentant les trois quarts en sommes. Elle n'exigeait pas d'autre majorité : elle ne tenait pas compte du nombre des créanciers consentants, mais seulement du montant de leurs créances, — de sorte que, sous l'empire de cette Ordonnance, le concordat pouvait être voté par deux créanciers ou même par un seul (1).

Il n'y avait rien là que de logique. Mais l'expérience avait montré les inconvénients de ce système, qui laissait trop de facilités au failli et à certains créanciers pour colluder au détriment de tous les autres créanciers. On sacrifiait ainsi l'intérêt des petits créanciers, qui sont toujours les plus nombreux, à celui des gros créanciers. C'est pourquoi les rédacteurs du Code de commerce, mettant à profit l'expérience, qui était déjà longue quand le Code de commerce fut rédigé, tout en consacrant le système de l'Ordonnance quant à la nécessité de la majorité des

(1) Voy. l'art. 7 du Titre XI de l'Ordonnance (ci-dessus, p. 381, note). La même règle était suivie en droit romain : « *Majorem esse partem*, dit Papinien, *pro modo debiti, non pro numero personarum, placuit* » (L. 8 *De pactis*).

trois quarts en sommes, ne s'en sont pas contentés : ils ont voulu, pour sauvegarder les intérêts des petits créanciers, que la majorité des trois quarts en sommes fût complétée par la majorité en nombre (ancien art. 519), c'est-à-dire qu'il faudra, non-seulement que les créanciers consentants représentent les trois quarts du passif, mais encore qu'ils forment au moins la moitié plus un de tous les créanciers (1).

(1) Le Conseil d'Etat avait d'abord adopté (séance du 23 avril 1807, un article qui reproduisait le système de l'Ordonnance, qui se bornait à exiger le concours d'un nombre de créanciers représentant les trois quarts de la totalité des sommes dues. Mais le Tribunat présenta les observations suivantes :

« Il ne faut à un banqueroutier frauduleux que quelques dettes simulées, « dont les titres sont entre les mains de ses confidents, pour former tout à « coup un volume de créances capable de réduire au silence les porteurs de « titres sincères. En écartant même tout soupçon de fraude, les créanciers les « plus considérables d'un failli sont toujours les négociants avec lesquels « il fait des affaires. Or, ceux-là se prêtent volontiers à un concordat, « parce qu'ils espèrent se remplir de leurs pertes dans les relations subsé- « quentes qu'un commerce ultérieur leur donnera l'occasion de se ména- « ger avec le failli.

« Il n'en est pas ainsi du petit capitaliste, comme le rentier, l'employé, « le journalier, le domestique, qui a placé ses économies sur le failli : celui- « là se les voit enlever, sans avoir pour les recouvrer les mêmes ressources « que ceux qui lui imposent ce sacrifice.

« Or, cette dernière classe est souvent nombreuse, et les capitaux que « chacun a fournis, tout exigus qu'ils soient, sont quelquefois tout pour « celui qui les perd. Sa créance est souvent, sous bien des rapports, la plus « favorable.

« On peut assurer que la dépendance où ces sortes de créanciers se sont « trouvés dans toutes les faillites est une des grandes causes qui ont tari « pour le commerce les ressources qu'il tirait des capitaux particuliers. « Pour lui rouvrir cette ressource, il faut donner à ceux qui la lui fournis- « saient plus d'influence et de garantie.

« Un des moyens les plus équitables pour cela serait que les voix dans « le concordat fussent, non-seulement pesées, mais comptées, de manière « que, pour faire la loi aux refusants, il fallût, avec la plus haute quotité « de créances, réunir aussi la majorité des voix.

« Cela est ainsi établi dans la législation hollandaise. »

Voici maintenant la discussion à laquelle ces observations donnèrent lieu dans la séance du Conseil d'Etat du 9 juillet 1807 :

« M. de Ségur dit que le Tribunat propose de ne pas se contenter, pour le concordat, des trois quarts en sommes, de peur que le failli n'atteigne

Il était donc admis, sous l'empire du Code, et la nouvelle loi n'a fait à cet égard que reproduire l'ancien texte, que le concordat doit être voté par un nombre de créanciers représentant les trois quarts de la totalité des créances vérifiées et affirmées et formant la majorité en nombre. L'une de ces majorités est

cette mesure par des dettes simulées, mais d'exiger que les signataires forment, en outre, la majorité en nombre.

« M. Siméon dit que ce système est nouveau, et qu'il sera toujours difficile de réunir les deux conditions qu'il exige.

« M. Defermon dit que la majorité en nombre se trouve par le fait dans presque tous les concordats; mais que la disposition proposée, qui ne peut nuire aux créanciers de bonne foi, aura l'avantage de paralyser les créanciers frauduleux, lesquels sont toujours porteurs des créances les plus fortes.

« M. Réal dit que la disposition peut, à la vérité, servir à déjouer les manœuvres du failli, mais que, si on la considère sous le rapport de l'intérêt des créanciers, elle ne se présente plus sous un jour aussi favorable. Quoi! une faible somme de 500 fr. donnera autant d'influence sur les affaires de la faillite qu'une créance de 10,000 fr.? Ce serait ouvrir la porte à des fraudes d'un autre genre.

« M. Defermon dit que la majorité des créanciers ne perdra jamais de vue ses véritables intérêts. Le créancier isolé, ou le petit nombre de créanciers qui, par un entêtement déplacé, se refuseraient à des conditions raisonnables, seront toujours dominés par elle.

« M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que, dans l'usage actuel, un seul prête-nom pour une somme considérable emporte la balance et fait la loi à la masse des créanciers véritables. D'ailleurs, l'intérêt des créanciers et l'étendue de leurs sacrifices sont calculés par eux en raison de leur fortune : un créancier opulent peut être moins touché de la perte de 25,000 fr. qu'un créancier moins riche de celle d'une somme beaucoup plus faible.

« M. Cretet voudrait que, dans ces matières, on se conformât, autant qu'il est possible, aux usages reçus, quand ils n'excitent pas de réclamations. Jamais personne ne s'est plaint de la règle qui veut que les trois quarts en sommes déterminent le concordat. Qu'arrivera-t-il si l'on exige la majorité en nombre? On achètera la voix des petits créanciers, en les désintéressant.

« M. Defermon dit que, si l'on achète ainsi la moitié des voix, du moins la moitié de la masse se trouvera désintéressée.

« M. Bigot-Préameneu fait observer que déjà les petits créanciers sont ceux qui se rendent les plus difficiles, afin de se faire indemniser, et qu'ils retardent ainsi la conclusion.

« La proposition du Tribunat est adoptée. »

Il est à remarquer que le système ainsi adopté en 1807 n'a donné lieu à aucune objection lors de la discussion de la loi nouvelle.

exigée par les principes de la matière ; l'autre, par les nécessités de la pratique.

Il faudra donc, d'après la loi actuelle comme d'après le Code de commerce, si par exemple le passif est de 100,000 fr. et si les créanciers sont au nombre de 20, que le concordat soit consenti par 11 créanciers au moins et que ces 11 créanciers représentent 75,000 fr. du passif vérifié et affirmé. Telle est la disposition de l'art. 507 nouveau (1).

(1) En Angleterre, jusqu'à la loi du 6 août 1861, il pouvait intervenir entre le failli et ses créanciers trois sortes de traités ayant une certaine analogie avec le concordat, savoir :

1° Un arrangement à l'amiable (*composition*). Les offres du failli ayant été acceptées, dans deux réunions successives de ses créanciers, par les neuf dixièmes en nombre, représentant les neuf dixièmes en sommes, la Cour peut annuler le jugement déclaratif de faillite, et alors l'arrangement devient obligatoire pour tous les créanciers. Il est à remarquer que, dans ces assemblées de créanciers, celui dont la créance est au-dessous de 20 livres sterling (500 fr.) n'est pas compté en nombre, quoique du reste sa créance soit comptée comme valeur.

2° Un arrangement sous le contrôle de la Cour (*arrangement under control of the court of bankruptcy*). Un commerçant hors d'état de payer ses dettes s'adresse à la Cour et lui demande protection contre tout procès pour sa personne et pour ses biens jusqu'à nouvel ordre. La Cour peut accorder la protection demandée, et, si le demandeur est en prison pour dettes, ordonner son élargissement immédiat. La Cour convoque ensuite les créanciers; et, si, dans deux réunions successives, entre lesquelles doit exister un intervalle d'au moins quatorze jours, les propositions du débiteur sont acceptées par les trois cinquièmes en nombre représentant les trois cinquièmes en sommes, la Cour peut confirmer l'arrangement, qui alors lie tous les créanciers dûment avertis de se présenter aux séances où il a été délibéré. Ici on compte tous ceux dont la créance est d'au moins 10 livres sterling.

3° Un arrangement par acte sous seing privé (*arrangement by deed or memorandum*). Un commerçant hors d'état de payer ses dettes s'adresse directement à ses créanciers et leur fait les propositions qu'il juge convenables : en cas d'adhésion des six septièmes en nombre (toujours en ne comptant que ceux qui sont créanciers pour 10 livres au moins), représentant les six septièmes en sommes, cette adhésion est certifiée par écrit à la Cour, et le certificat, enregistré par le greffier, fait foi devant tous les tribunaux.

Voy., pour plus de détails, M. Colfavru, *Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 531 et suiv.

Mais le système qui vient d'être indiqué a été gravement modifié

Cependant il s'est élevé, au sujet de cette disposition, en ce qui concerne la manière de supputer la majorité en nombre, les éléments dont elle doit se composer, plusieurs questions qui ne sont pas sans gravité, et dont l'intérêt pratique est incontestable. Je vais d'abord les indiquer :

1° Quand une même personne s'est rendue cessionnaire des droits de plusieurs créanciers, aura-t-elle autant de voix qu'il existe de créanciers qui lui ont cédé leurs droits?

2° En sens inverse, si un seul créancier a cédé, partiellement, à plusieurs personnes, sa créance, chacune de ces personnes aura-t-elle le droit de prendre part au vote du concordat? Par exemple, si la créance était de 60,000 fr., et que le créancier l'ait cédée pour 20,000 fr. à un premier cessionnaire, pour 20,000 fr. à un second, pour 20,000 fr. à un troisième, chacun de ces cessionnaires aura-t-il individuellement le droit de voter? Faut-il dire, au contraire, qu'ils n'auront, à eux tous, qu'une seule voix?

par la loi du 6 août 1861. Je traduirai seulement ici deux articles de cette loi :

Art. 185. « A la première assemblée de créanciers tenue après la déclaration de faillite, ou à une assemblée convoquée dans ce but et de laquelle pendant dix jours avis doit avoir été donné dans *la Gazette de Londres*, les trois quarts en nombre et en sommes des créanciers présents, ou représentés à ladite assemblée, peuvent décider que les biens seront l'objet d'un arrangement par acte privé, d'une *composition*, etc., et qu'une supplique sera adressée à la Cour, à l'effet d'arrêter les procédures de faillite pour la période que la Cour jugera convenable. »

Art. 192. « Tout acte privé, intervenu entre une personne et ses créanciers ou certains d'entre eux ou leur fondé de pouvoirs, concernant les dettes de cette personne et les remises y relatives, ou la distribution, surveillance, administration et réalisation de ses biens, ou quelqu'un de ces objets, sera valable et efficace et obligatoire pour tous les créanciers, comme s'ils y avaient été parties et l'avaient exécuté, pouvu qu'on ai observé les conditions suivantes :

« 1° La majorité en nombre, représentant les trois quarts en sommes, des créanciers dont le droit respectif s'élève au moins à 10 livres, approuve par écrit l'acte dont il s'agit, soit avant, soit après son exécution par le débiteur;.... »

On voit exactement reproduite dans ce dernier article la double majorité qu'exige la loi française.

3° La question la plus grave et la plus controversée qui s'élève en cette matière est celle de savoir si, pour la formation de la majorité en nombre, il faudra tenir compte seulement des créanciers présents, et se contenter du consentement de la moitié plus un de ces créanciers, quelque peu nombreux qu'ils puissent être; ou bien s'il faudra, au contraire, exiger la moitié plus un, non pas des créanciers présents, mais bien de tous les créanciers vérifiés et affirmés, y compris ceux qui ne sont pas présents comme ceux qui le sont (1).

Reprenons maintenant ces différentes questions, pour les résoudre.

1° Lorsqu'une même personne se sera rendue cessionnaire des droits de plusieurs créanciers, aura-t-elle acquis, avec la créance de chacun d'eux, le droit qu'il avait de prendre part au vote du concordat, et par suite aura-t-elle autant de voix qu'il y a de créanciers cédants? Deux cas peuvent se présenter :

Si les cessions sont antérieures au jugement déclaratif, il est clair que, quel que soit le nombre des cessions et des cédants, le cessionnaire n'aura qu'une voix : car, au moment où le chiffre du passif s'est trouvé fixé, il n'y avait qu'un seul titulaire de toutes les créances cédées; toutes ces créances étaient représentées par un seul créancier. Elles seront donc comptées pour le chiffre total qu'elles représentent, quant à la formation de la majorité en sommes; mais, comme elles appartiennent toutes à un seul et même créancier, il n'aura qu'une voix.

Maintenant supposons que les cessions ont eu lieu depuis le jugement déclaratif ou même depuis la vérification des créances (2) : alors on est disposé à dire que le créancier, succédant

(1) La difficulté ne se présente qu'en ce qui concerne la *majorité en nombre*. Quant à l'autre majorité, l'art. 507 dit positivement que, pour la constituer, il faut les trois quarts de la totalité des créances *vérifiées et affirmées ou admises par provision*.

(2) Nous verrons que M. Renouard distingue suivant que la même personne s'est trouvée avoir plusieurs créances avant la vérification ou seulement depuis la vérification.

au droit qu'avaient les créanciers primitifs, droit qui leur était acquis, peut l'exercer comme ils l'auraient pu eux-mêmes, voter en leur lieu et place. Ils auraient pu, en effet, exercer leur droit par des fondés de pouvoirs; ils auraient pu prendre pour leur mandataire la même personne, et alors celle-ci aurait eu incontestablement la faculté de voter pour ses mandants et au nom de ses mandants, c'est-à-dire la faculté d'émettre autant de votes qu'elle aurait eu de mandants. Or, chaque cession n'équivaut-elle pas à un mandat? Le cessionnaire, comme mandataire de chacun de ses cédants, ne pourra-t-il donc pas voter ainsi qu'ils l'auraient pu eux-mêmes, et avoir autant de voix qu'eux tous?

Cette considération a certainement quelque chose de spécieux; mais la conclusion qu'on en tire ne me paraît pas fondée. En effet, après le jugement déclaratif, sans doute le nombre des créanciers ne peut pas s'augmenter, mais il peut très-bien décroître. C'est en vue de le diminuer qu'on a introduit la vérification et l'affirmation des créances. Et il diminuera de fait par la cession que différents créanciers feront de leurs droits à une seule et même personne : car cette personne ne constituera réellement qu'un seul créancier. Or, d'une part, le droit de participer au vote est la conséquence de la qualité de créancier; mais, d'autre part, quelle que soit la quotité de sa créance, quelle que soit la cause qui lui a donné naissance, un créancier ne peut jamais avoir qu'une voix (1).

(1) La Cour de Bordeaux avait jugé, par un arrêt du 26 avril 1836, que sans doute le créancier qui lors de l'ouverture de la faillite était investi de plusieurs créances n'aurait qu'une voix dans les délibérations, mais qu'il en devait être autrement de celui qui aurait acquis plusieurs créances depuis cette ouverture. Le 24 mars 1840, la Cour de cassation a cassé cet arrêt. Suivant la Cour suprême, la distinction admise par la Cour de Bordeaux entre les cessions faites avant l'ouverture de la faillite et les cessions faites postérieurement à cette ouverture est une distinction arbitraire, qui n'est fondée sur aucune disposition de la loi.

M. Renouard (t. II, p. 16 et suiv.) admet très-bien qu'en principe celui-là même qui depuis la faillite a réuni en sa personne plusieurs créances distinctes n'aura qu'une voix dans la délibération. Mais il y met cette condi-

2° Si nous supposons, à l'inverse, qu'un créancier a cédé pour

tion que les différentes créances se soient ainsi réunies en sa personne avant la vérification. « C'est à partir de la vérification, dit M. Renouard, « que la qualité de chacun des créanciers acquiert, à l'égard de tous les au- « tres, une véritable certitude. Ceux donc qui se seront fait vérifier comme « propriétaires de créances n'auront, pour leurs diverses créances, qu'une « seule voix, quand même ils auraient acquis les droits d'autres créan- « ciers postérieurement à l'ouverture de la faillite. Mais de puissants mo- « tifs existent pour donner à chaque créancier vérifié une voix, et pour lui « permettre de céder son droit à cette voix avec sa créance, quand même « une cession ultérieure réunirait plusieurs créances dans une même main. « Il faut que le calcul des voix ait une base certaine et parte d'un point fixe. La supputation de la majorité, surtout si l'on admet qu'elle est fixée « par l'état des vérifications et non par le nombre accidentel des créan- « ciers présents, ne doit pas flotter au gré de conventions particulières. « L'assemblée convoquée pour délibérer sur le concordat n'a, d'ailleurs, « aucune qualité, aucune autorité, pour critiquer des titres de créances, « pour vérifier si celui qui se présente est propriétaire ou mandataire ; et, « si l'on refusait voix aux cessionnaires, on n'arriverait, dans la pratique, « à aucun résultat utile, car ils ne manqueraient pas alors de se présenter « comme mandataires. Les cessions de créances faites postérieurement à « la vérification sont plus favorables que celles qui ont eu lieu antérieure- « ment, lorsque les titres étaient moins certains et les ressources de la « faillite mal connues. »

Ainsi M. Renouard ne distingue pas suivant que la réunion de plusieurs créances au profit d'une seule et même personne s'est opérée avant ou après la faillite, c'est-à-dire avant ou après le jugement déclaratif de la faillite; mais il distingue suivant que la réunion dont il s'agit s'est opérée avant ou après la vérification : d'après lui, la personne qui se fait céder deux créances déjà vérifiées aura deux voix dans la délibération. Cette nouvelle distinction est-elle moins arbitraire que la précédente? Je ne le crois pas. D'abord elle se rattache, jusqu'à un certain point, à la doctrine, également défendue par M. Renouard, suivant laquelle il n'y aurait plus de contestation possible relativement à une créance vérifiée et affirmée. La vérification et l'affirmation, dans le système de M. Renouard, auraient un caractère définitif à deux points de vue : 1° la créance vérifiée et affirmée serait désormais inattaquable; 2° la créance vérifiée et affirmée devrait nécessairement, et quoi qu'il arrive par la suite, assurer une voix à quiconque s'en trouvera investi lors du vote sur le concordat, de telle sorte qu'en prenant, au moment où intervient la dernière affirmation, le nombre total des créances vérifiées et affirmées, on obtient dès à présent et d'une manière certaine le chiffre dont la moitié plus un forme la majorité en nombre. Mais, comme, de l'aveu de M. Renouard lui-même, le principe que la créance vérifiée et affirmée est désormais inattaquable cesse de s'appliquer en cas de dol ou de fraude (voy., ci-dessus, p. 351.

partie sa créance à plusieurs personnes, toutes ces personnes auront-elles chacune une voix? L'affirmative est incontestable, si les cessions ont eu lieu avant le jugement déclaratif : car chacun des cessionnaires a été inscrit au passif comme créancier personnel de la somme qui lui a été cédée. Mais, si les cessions n'ont eu lieu que depuis ce jugement, même si elles n'ont eu lieu que depuis la vérification des créances, que devrons nous décider? Il semble, au premier abord, que chaque cessionnaire a encore droit de voter : car sa qualité de créancier ne peut lui être contestée. Cependant ici s'applique le principe qu'après le jugement déclaratif le nombre des créanciers ne peut s'accroître. Or, au moment du jugement déclaratif, la créance, fractionnée depuis, appartenait à un seul : il ne pouvait donc y avoir pour cette

note 4), il s'ensuit que la prétendue certitude, la prétendue fixité, qui doit exister à partir de la vérification n'existe absolument jamais, puisque la créance vérifiée et affirmée peut indéfiniment être attaquée pour cause de fraude et reconnue simulée. D'ailleurs, quels *puissants motifs* exigent que d'avance on connaisse combien de voix seront nécessaires au failli pour que dans le vote sur le concordat il se trouve avoir la majorité en nombre? J'avoue qu'il m'est impossible de les apercevoir. Enfin M. Renouard allègue que, si on refuse à une personne de voter deux fois comme étant investie de deux créances, cette personne ne manquera pas de dire : « Je n'ai qu'une créance; mais je suis mandataire d'un autre créancier, et je vote une fois pour moi, une autre fois pour mon mandant. » L'argument ainsi tiré de la possibilité pour un créancier de se présenter comme étant un simple mandataire, cet argument va beaucoup plus loin que ne semble le croire M. Renouard, il va jusqu'à supprimer complétement toute distinction fondée sur l'époque où plusieurs créances se sont trouvées réunies sur la même tête : car celui-là aussi qui s'est fait céder deux créances avant la vérification peut se présenter comme un simple mandataire relativement à l'une des deux, et ainsi les deux créances auront été vérifiées et affirmées sous le nom de deux créanciers distincts. La vérité est qu'ici, comme en toute matière, la fraude à la loi pourra être prouvée, prouvée par toute personne intéressée, prouvée par tous les moyens que le droit reconnaît. C'est ainsi que souvent les brocanteurs de créances litigieuses se présentent comme de simples mandataires : M. Renouard va-t-il donc en conclure qu'il faut supprimer l'art. 1699 du Code Napoléon, comme ne pouvant avoir aucun résultat utile dans la pratique?

Voy. aussi, dans le sens de notre opinion, M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 687.

créance qu'un seul votant. Le créancier n'a pas pu par son fait changer cette situation. S'il en était autrement, il en résulterait des abus : un seul créancier pourrait, en quelque sorte, augmenter à volonté le nombre des votants. Celui qui serait, par exemple, créancier de 50,000 fr. n'aurait qu'à céder sa créance par fractions à cinq personnes ou à dix pour s'arroger indirectement cinq voix ou dix voix, et ce serait une porte ouverte à la collusion, à la fraude. Cela n'est pas admissible (1).

3° Une dernière question, plus grave que les deux autres et sur laquelle il existe des arrêts en sens contraire, est celle-ci : pour calculer la majorité en nombre, faudra-t-il tenir compte, non-seulement de tous les créanciers présents, mais même de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision?

Pour soutenir qu'on ne doit tenir compte que des créanciers présents, on peut invoquer des considérations d'un grand poids : d'abord, cette considération de principe que l'intérêt, ou, en d'autres termes, le chiffre des créances, devrait à la rigueur être seul pris en considération, comme il l'était sous l'empire de l'Ordonnance de 1673 (2). C'est avec raison, sans doute, que les rédacteurs du Code et ceux de la nouvelle loi ont exigé de plus la majorité en nombre ; mais c'est par des motifs de fait et non de droit : il y a là tout à la fois une dérogation aux principes et une innovation, et, à ce double titre, il faut plutôt restreindre la disposition dont il s'agit que l'étendre. D'ailleurs, les créanciers non

(1) Suivant M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 690), chacun des cessionnaires doit avoir une voix ; seulement, ce principe cesserait de s'appliquer si une partie intéressée pouvait établir que les cessions ne sont pas sérieuses, ou que le créancier primitif n'a eu d'autre but, en les faisant, que de se ménager le moyen de devenir maître du vote. Je préfère la doctrine de M. Bravard : je crois qu'il est conforme à l'esprit de la loi de poser en principe que, la faillite une fois déclarée, il ne peut pas dépendre d'un créancier d'augmenter le nombre des ayant-droit. Mais, si nous supposons qu'après le jugement déclaratif un créancier vient à mourir laissant plusieurs héritiers, je crois que chaque héritier aura une voix, à moins qu'au moment du vote la créance ne se trouve avoir été mise tout entière dans le lot d'un héritier, cas auquel celui-là seul pourra voter.

(2) Voy., ci-dessus, p. 382.

présents n'ont pas de raison de se plaindre qu'on ne les compte pas : car il dépendait d'eux de se présenter, et, en ne le faisant pas, ils s'en sont implicitement rapportés à la décision des créanciers présents. Enfin, on peut ajouter que compter tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, ce serait rendre le concordat impossible dans un grand nombre de cas où il serait, au contraire, voté en ne tenant compte que des créanciers présents : il y aurait là quelque chose de véritablement contraire à l'équité (1).

(1) Voy., en ce sens, MM. Bédarride (t. II, n° 530) et Alauzet (t. IV, n° 1777).

La même opinion a été consacrée par un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 5 mai 1847 (Dev.-Car., 49, 2, 344), et par un arrêt de la Cour de Rouen, du 30 juin 1853. Il est dit dans les *considérants* de cet arrêt « qu'il résulte du texte de l'art. 507 et de l'ensemble des dispositions « de ceux qui le précèdent que le nombre des créanciers qui formeront la « majorité ne peut être que celui des créanciers *délibérants*, présents à « l'assemblée, qui sont spécialement indiqués dans le § 1 de cet article « comme devant traiter avec le débiteur failli;..... — Qu'admettre que les « créanciers absents puissent être comptés, avec les créanciers présents à « l'assemblée et y votant, pour former la majorité en nombre, ce serait « donner à l'absence du créancier, et à sa simple abstention de se rendre « à l'assemblée, la force légale d'un vote négatif, quand en fait ce créan- « cier serait resté étranger à tout ce qui se serait passé dans l'assemblée, « qu'il n'aurait entendu ni le rapport des syndics sur la faillite, ni les pro- « positions du failli, ni les explications à l'appui, ni les observations du juge- « commissaire présidant l'assemblée, et qu'il n'aurait manifesté par aucun « acte ostensible une opinion défavorable au concordat; — Qu'un résultat « aussi contraire aux principes du droit et à l'équité démontre assez le vice « de cette interprétation....; — Enfin, qu'on ne peut pas dire qu'en n'ad- « mettant pas les créanciers absents pour former la majorité en nombre on « préjudicie à leurs droits, parce que, d'une part, ayant été convoqués à « l'assemblée pour y délibérer sur la formation du concordat, c'était à eux « à s'y présenter pour y défendre leurs intérêts, et que, d'une autre part, « l'art. 512 du Code de commerce donne à tout créancier qui a eu le droit « de concourir au concordat le pouvoir d'y former opposition.... » (Dev.-Car., 54, 2, 517).

Dans ces *considérants* je relèverai seulement une inexactitude. D'après la Cour de Rouen, il ne faut pas tenir compte des créanciers absents, par le motif qu'ils ne sont pas au courant de la situation, n'ayant entendu ni le rapport des syndics, ni les propositions du failli, etc. Mais il est très-possible et il arrive souvent qu'un créancier, qui est parfaitement instruit de

Ces considérations sont graves sans doute ; mais elles ne sont pas décisives. Logiquement, il est impossible de séparer la créance de la personne du créancier : car il y a quelque chose d'indivisible entre être créancier et l'être de telle ou telle somme. Or, les sommes dues aux créanciers non présents sont, aussi bien que celles dues aux créanciers présents, comptées pour la formation de la majorité en sommes : donc la personne des créanciers non présents doit l'être pour la formation de la majorité en nombre. Ce sont là deux effets corrélatifs, dont l'un implique l'autre.

Ajoutons que, quand le législateur a voulu qu'on ne tînt pas compte de certains créanciers, il l'a dit. C'est ce qu'il a fait pour les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis. Or, il n'est dit nulle part que, pour la majorité en nombre, on ne tiendra compte que des créanciers présents ; le contraire résulte même de l'art. 507 et de l'art. 509, dont le premier parle des créanciers en général (1), et dont le second ne contient plus le mot *présents* qui se trouvait dans l'ancien texte : les rédacteurs de cet art. 509 ont voulu que, pour une mesure beaucoup moins grave que le vote du concordat, pour la remise à huitaine, il y eût, non-seulement la majorité des trois quarts en sommes, mais la moitié plus un de tous les créanciers, présents ou non, — tandis que l'ancien texte se contentait, au moins pour ce cas, de la majorité des créanciers présents (2).

toutes les circonstances qu'il importe de connaître pour avoir une opinion sérieuse et motivée, que ce créancier s'absente précisément au moment du vote : pour celui-là, il est vrai de dire qu'il avait une opinion et qu'il l'a suffisamment exprimée. Il est donc impossible d'admettre d'une manière absolue que le créancier non présent serait incapable de voter *cognitâ causâ* et qu'alors il ne doit pas faire nombre.

(1) Dans l'opinion contraire on fait remarquer que l'art. 507 parle de *créanciers délibérants*, ce qui, dit-on, est synonyme de *créanciers présents*.

(2) Voici comment la Cour de Rouen (arrêt déjà cité, du 30 juin 1853) répond à cet argument tiré du changement apporté par le législateur de 1838 à la rédaction de l'ancien art. 522 :

« Vainement on prétend que la suppression, lors de la révision du Code « de commerce, du mot *présents*, dans l'art. 509, qui a remplacé l'art. 522

Enfin, il ne faut pas le perdre de vue, à l'égard des créanciers qu'elle n'a pas admis au concordat, la loi ne distingue pas entre leur créance et leur personne : quand elle n'admet pas la créance, elle n'admet pas non plus la personne (1). D'où il suit logiquement que, de même, en sens inverse, quand elle admet la créance, comme elle le fait à l'égard des créanciers non présents (2), elle a entendu aussi que la personne fût comptée.

C'est en ce dernier sens qu'ont été rendues le plus grand nombre de décisions judiciaires, et surtout les plus récentes, et c'est aussi en ce sens que la question me paraît devoir être définitivement résolue (3).

« ancien, prouve que la loi a été changée, et que le législateur a voulu, « par sa rédaction nouvelle, que la majorité en nombre, qui avant la ré- « vision devait être seulement celle des créanciers présents, fût pour l'ave- « nir celle des créanciers en général, c'est-à-dire des créanciers présents « et absents. Il est constant, en effet, que la suppression du mot *présents* « n'a été, devant les Chambres, lors de la discussion de la loi nouvelle, « l'objet d'aucune proposition, d'aucune explication, d'aucuns débats. Le « changement résultant de cette suppression aurait été néanmoins d'une « telle importance qu'il n'est pas possible de supposer qu'il eût eu lieu par « le consentement tacite des pouvoirs de l'État. Cette suppression s'expli- « que par ce fait que du rapprochement des dispositions de l'art. 509 de « celles de l'art. 507 il résulte que le mot *présents* dans l'art. 509 serait « inutile et présenterait une redondance que le rédacteur de la loi révisée « devait éviter. »

(1) Un créancier n'est pas vérifié ou n'est pas affirmé ; un créancier a un droit d'hypothèque, de privilége ou de nantissement, et il n'entend point y renoncer : le montant de sa créance ne sera point compté quand il s'agira de former la majorité des trois quarts en sommes : les art. 507 et 508 le disent positivement. Certainement la personne du créancier ne sera pas comptée non plus quand il s'agira de former la majorité en nombre, pas plus la personne du créancier non vérifié ou non affirmé que la personne du créancier hypothécaire, privilégié ou nanti.

(2) Voy. le 2e alinéa de l'art. 507.

(3) Cette opinion est enseignée par M. Renouard (t. II, p. 15 et 30). Elle est admise aujourd'hui par le tribunal de commerce de la Seine. Deux jugements rendus en ce sens ont été confirmés par la Cour de Paris, les 14 mars 1849 et 7 août 1850 (Dev.-Car., 50, 2, 604). Je me borne à reproduire ici les principaux *considérants* du jugement du 9 août 1847 :

« L'art. 507 du Code de commerce, en énonçant qu'un traité pourrait « être consenti entre les créanciers délibérants et le failli, a formellement

Il résulte de là une conséquence qu'il est bon de signaler : c'est que, si le nombre total des créanciers vérifiés et affirmés est de 20, et que 11 seulement soient présents, il faudra qu'ils soient

« disposé que ce traité ne s'établirait que par le concours d'un nombre de « créanciers formant la majorité et représentant en outre les trois quarts « de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provi- « sion, à peine de nullité. Le nombre des créanciers dont parle la loi ne « peut s'entendre que de celui formant la majorité des créanciers admis et « vérifiés et non celle des créanciers présents et délibérants. S'il est vrai « de dire que ce sont ces derniers qui consentent le concordat, il ressort « des termes mêmes de l'article précité qu'ils ne peuvent le faire que sous « la condition de réunir la double majorité qu'il exige en nombre et en « sommes. L'art. 507, en réunissant dans un même membre de phrase les « conditions de la double majorité, a suffisamment indiqué qu'il devait être « tenu compte, pour la formation du concordat, non-seulement de la tota- « lité des créances admises, mais aussi de la totalité des votes possibles. « En interprétant autrement ledit article, et en ne tenant compte que des « créanciers présents, il en résulterait que les absents, comptés pour rien « sous le rapport du nombre, lors de la délibération, seraient cependant « comptés pour les sommes qu'ils représentent, ce qui implique contra- « diction. Le concordat, bien qu'autorisé par la loi dans l'intérêt général « des créanciers et dans un but de protection pour le débiteur malheureux « et de bonne foi, n'en est pas moins une disposition exceptionnelle, por- « tant atteinte à l'entier exercice des droits de chaque créancier : une telle « condition, imposée au créancier qui s'y refuse soit par un vote négatif, « soit par son absence, doit être justifiée par le nombre et l'importance des « volontés exprimées. Si l'art. 505 a dit que les créanciers se présente- « raient à l'assemblée, en personne ou par fondés de pouvoirs, il ne leur « en a pas fait une obligation et ne les a soumis à aucune pénalité en cas « d'inexécution : ce serait ajouter aux rigueurs de la loi que d'exclure les « créanciers absents du droit, qui ne leur a pas été enlevé, d'être comptés « pour quelque chose sous le rapport du nombre, comme sous celui du « chiffre de leur créance, avant de subir la volonté de la majorité. En ou- « tre, l'art. 507 n'est que la reproduction textuelle de l'art. 519 de l'ancien « Code, sous l'empire duquel la double majorité nécessaire à la formation « du concordat a toujours été comptée d'après le nombre des créanciers « et le chiffre des créances résultant des procès-verbaux de vérification « et d'admission ; cette interprétation, donnée depuis 1808 par le tribunal « de commerce à l'art. 519 précité, a été appréciée et maintenue dans les « différentes discussions qui ont préparé la loi actuelle..... Enfin, lorsque « le législateur de 1838 a voulu que la majorité des créanciers présents fût « prise en considération, il a eu soin de l'exprimer, comme cela résulte « de l'art. 530 en matière de secours à accorder au failli » (Dev.-Car., 47, 2 592).

tous favorables au concordat : car, s'il y avait un dissident, il manquerait une voix pour former la majorité en nombre, qui est de 11, — tandis que, si on ne tenait compte que des créanciers présents, il suffirait, pour qu'il y eût la majorité en nombre, du consentement de six.

Examinons maintenant comment on s'y prendra pour constater s'il y a ou non la majorité voulue.

Le juge-commissaire, qui préside l'assemblée, après que la délibération sera terminée et la discussion close, donnera une nouvelle et dernière lecture du projet de concordat. Il la fera suivre ordinairement d'une espèce de résumé, dans lequel il s'attachera à faire ressortir les considérations qui doivent, selon lui, influer le plus sur la décision des créanciers ; puis, il les avertira qu'il va être procédé par le greffier à l'appel nominal, et qu'à l'appel de son nom chacun d'eux devra, s'il est favorable au concordat, répondre *oui*, et, s'il y est contraire, répondre *non*. Le greffier fera ensuite l'appel ; et, à mesure que chaque créancier répondra *oui*, le juge-commissaire l'invitera à se présenter au bureau pour apposer immédiatement sa signature au bas du projet de concordat.

Telle est la marche prescrite par la loi (1), et c'est la plus régulière. En effet, le concordat n'est pas un traité verbal (2) ; c'est un traité solennel et littéral. Les créanciers ne sont liés que par leur signature, — de sorte que celui qui a répondu *oui*, s'il ne venait pas confirmer sa réponse par sa signature, ce qu'il est toujours maître de faire, serait considéré comme ne consentant pas (3). Et, en sens inverse, celui qui aurait commencé par

(1) La loi prescrit seulement l'apposition immédiate de la signature. « Le concordat, est-il dit dans l'art. 509, sera, à peine de nullité, signé « séance tenante. »

(2) A plus forte raison, n'est-ce pas un traité simplement *consensuel*.

(3) Lorsqu'un créancier ne sait ou ne peut signer, je ne crois pas qu'il soit dans l'esprit de la loi de l'astreindre à se faire représenter par un mandataire. Ce créancier pourra donc venir en personne à l'assemblée. S'il consent le concordat, le juge-commissaire le constatera et ajoutera que

répondre *non*, pourrait, si, par exemple, il s'apercevait qu'il ne manque qu'une voix pour la formation du concordat, se présenter pour signer, et alors, quoiqu'il eût répondu négativement, il serait considéré comme consentant.

Cependant, quelque régulière qu'elle soit, la marche qui vient d'être indiquée aurait, dans les grandes faillites, où les créanciers sont nombreux, l'inconvénient d'exiger, souvent en pure perte, beaucoup de temps, et d'occasionner, par les allées et venues des créanciers de leurs places au bureau, certaines confusions. C'est pourquoi on procède autrement : le greffier constate la réponse faite par chaque créancier dont il appelle le nom ; ce n'est qu'après qu'ils ont tous répondu, et seulement lorsqu'il y a une apparence de majorité, que le juge-commissaire invite les créanciers consentants à venir apposer leur signature au bas du projet de concordat.

Quoi qu'il en soit, le concordat doit être signé séance tenante. Il ne s'ensuit pas qu'on ne puisse consacrer plusieurs séances à la délibération, si c'est nécessaire : toute latitude est laissée à cet égard au juge-commissaire (1). Mais, quand la délibération sera

ledit créancier a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer. C'est ainsi que les parties qui contractent par-devant notaires doivent signer l'acte notarié ; mais, quand elles ne savent ou ne peuvent signer, le notaire fait mention, à la fin de l'acte, de leurs déclarations à cet égard (loi du 25 ventôse an XI, art. 14).

(1) Je lis dans les *considérants* d'un jugement du tribunal de commerce de Saint-Marcellin, du 30 novembre 1853, « que la disposition de l'art. 509 « du Code de commerce, qui déclare que le concordat sera, à peine de « nullité, signé séance tenante, doit être entendue en ce sens que les signa- « tures doivent être données à la séance même où le concordat est définitivement consenti ; mais que la loi n'interdit pas et ne peut interdire de « consacrer plusieurs séances à la délibération du concordat, de suspendre « la séance et de donner aux créanciers tout le temps nécessaire pour débattre leurs intérêts et réunir la double majorité exigée pour la validité « du traité ; que la suspension de quelques minutes, accordée par le juge- « commissaire au sieur de Saint-A. pour s'entendre avec des créanciers « non présents, était dans l'exercice du droit de ce magistrat..... » Sur l'appel, la Cour de Grenoble, par un arrêt du 8 juillet 1854, confirme ce jugement en adoptant les motifs des premiers juges. Et enfin, l'arrêt ayant été déféré à la Cour de cassation, celle-ci, à la date du 13 février 1855, re-

terminée, il faudra passer immédiatement au vote : si, le lendemain, le jour même, après que le procès-verbal est clos, des créanciers se présentaient pour signer, ils ne seraient pas admis à le faire, leur signature ne serait pas reçue, et ils seraient toujours comptés comme ne consentant pas (1). La loi a voulu que le concordat fût signé séance tenante, afin d'empêcher que le débiteur ne pût, à force d'obsessions, d'importunités, obtenir des créanciers isolés des adhésions qui lui auraient été refusées en assemblée (2).

Voyons maintenant ce qui suivra le vote émis par les créanciers.

Trois hypothèses peuvent se présenter :

1° Les propositions du failli ont obtenu les deux majorités voulues : le juge-commissaire annonce qu'il y a concordat, dresse un procès-verbal qui constate ce résultat (3) et annexe à ce procès-verbal le projet de concordat, au pied duquel se trouvent les signatures des créanciers formant la double majorité. Il dépose ce projet, avec son procès-verbal, au greffe du tribunal de commerce, pour être consulté par les intéressés, qui pourront s'en faire délivrer des expéditions. — On confond quelquefois le procès-verbal du juge-commissaire avec le concordat ; mais

jette le pourvoi, « attendu que la suspension de la séance du 10 août, au-« torisée par le juge-commissaire, sur la demande d'un créancier, pendant « quelques minutes seulement, avant tout vote et toute délibération, afin « de donner aux créanciers absents ou empêchés le moyen de se faire « représenter, ne peut être assimilée à une double séance » (Dev.-Car., 55, 1, 357).

(1) Bien entendu, pour que les créanciers dont il s'agit soient ainsi comptés comme ne consentant pas au concordat, il faut toujours supposer qu'ils étaient déjà vérifiés et affirmés ou admis par provision lors du vote qui a eu lieu.

(2) Comme l'a dit M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, dans la discussion au Conseil d'État en 1807, « il importe qu'on ne puisse colporter des « concordats sur lesquels on obtient des signatures par faiblesse, par sé-« duction, par corruption. »

(3) Par application de l'art. 506 *in fine*.

c'est bien à tort, car ces deux pièces n'ont véritablement rien de commun. Le procès-verbal est l'œuvre du juge-commissaire et du greffier, qui le signent, et non des créanciers qui y sont étrangers, — tandis que le concordat est l'œuvre du failli et de ses créanciers, et il porte la signature du failli et celles des créanciers consentants. Ce qui a pu favoriser la confusion que je viens d'indiquer, c'est que le concordat est aussi revêtu de la signature du juge-commissaire et de celle du greffier. En effet, c'est leur signature qui donne au concordat l'authenticité, et qui empêche qu'il n'y soit fait après coup aucun changement, aucune modification (1).

2° Si le vote émis par les créanciers n'a produit aucune des deux majorités voulues pour le concordat, le traité dont il s'agit est impossible; le juge-commissaire annonce ce résultat négatif, et déclare que la faillite va entrer dans une période nouvelle et définitive, la période de l'*union* (2). Ici encore le juge-commissaire dresse un procès-verbal, qui est signé par lui et par le greffier, puis déposé au greffe.

3° Il se peut que, sans avoir produit les deux majorités, le vote émis par les créanciers en ait donné une, soit la majorité en sommes, soit la majorité en nombre : alors, s'il n'y a pas concordat, il y a du moins lieu d'espérer qu'au moyen d'une nouvelle épreuve on pourra parvenir à en former un, et la loi, tenant compte de cette situation et par faveur pour le concordat,

(1) Dans la pratique, le projet de concordat n'est pas simplement annexé au procès-verbal; il fait corps avec lui, il en est une partie intégrante. Ainsi, dans le procès-verbal il est dit : « Nous, ..., juge-commissaire, avons « engagé l'assemblée à délibérer immédiatement sur les propositions du « failli, et ces propositions ayant été acceptées de la double majorité voulue « par l'art. 507 du Code de commerce, les conventions suivantes ont été « arrêtées et signées séance tenante par le failli et par tous les créanciers « chirographaires non privilégiés et consentant au concordat :

« ART. 1... » (*Suit le texte du projet de concordat*)

— Favard de Langlade, se fondant sur l'ancienne jurisprudence, a soutenu que le concordat doit être passé par-devant notaires. C'est une erreur évidente. Le juge-commissaire remplace ici le notaire.

(2) Voy. l'art. 529.

permet au juge-commissaire de remettre l'assemblée à huitaine (1). On n'a pas voulu que le juge-commissaire pût renvoyer à un jour plus éloigné, afin de ne pas laisser au failli trop de temps pour chercher, par des démarches individuelles et réitérées auprès de ses créanciers, par des obsessions, à les amener à consentir. Ce délai est donc de rigueur : « à huitaine, « pour tout délai, » dit la loi (2). Mais en même temps la remise

(1) Le Code de 1808 était plus exigeant, du moins à un point de vue. Voici la disposition que contenait l'art. 522 : « Si la majorité des créan- « ciers présents consent au concordat, mais ne forme pas les trois quarts « en sommes, la délibération sera remise à huitaine pour tout délai. » Ainsi, supposons que le concordat ait obtenu la majorité des trois quarts en sommes, mais non la majorité en nombre : d'après l'ancien art. 522, le concordat est décidément impossible, tandis que, d'après le nouvel art. 509, il y aura lieu à une seconde délibération. Mais, d'un autre côté, supposons que le concordat ait obtenu seulement la majorité en nombre des créanciers présents, non la majorité en nombre de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision : d'après l'ancien art. 522, il y avait lieu à une seconde délibération, tandis que d'après le nouvel art. 509 le concordat est décidément impossible. — On voit par là qu'il n'est pas vrai de dire, comme on le dit souvent, que la loi nouvelle a voulu rendre plus facile pour le failli l'obtention d'un concordat.

(2) De la disposition de la loi ressortent les deux conséquences suivantes :

1° Si à la seconde assemblée comme à la première le concordat n'obtient qu'une seule des deux majorités requises, on ne peut pas procéder à une nouvelle épreuve, et les créanciers se trouvent nécessairement en état d'union. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 6 août 1840 (Dev.-Car., 41, 1, 65).

2° Si la seconde assemblée avait été convoquée à un délai plus long que huitaine, le concordat consenti dans cette seconde réunion ne devrait pas être homologué par le tribunal. Un arrêt de la Cour de Bordeaux (10 mai 1845) l'a décidé ainsi dans une espèce où assurément le maintien du concordat était aussi favorable que possible. « En cas de violation de la règle du délai, « dit la Cour, le concordat est présumé manquer des conditions essentielles « à sa sincérité, à sa validité : alors doit s'appliquer textuellement l'ordre, « intimé par l'art. 515, d'en refuser l'homologation. Vainement on se pré- « vaut de ce que, dans l'espèce, la failli n'a que deux créanciers, et de ce « que l'extrême éloignement du second, qui est un étranger italien, a mo- « tivé la remise de la délibération au 4 mars, ce qui forme un délai de « trente-quatre jours : cette dernière circonstance était connue, il était « facile d'y pourvoir d'avance; alors qu'il n'est surgi aucun événement im- « prévu et de force majeure, il ne peut être permis de s'écarter arbitraire-

est de droit, par cela seul que l'une des deux majorités a consenti le concordat : le juge-commissaire ne pourrait pas la refuser. « La délibération, dit l'art. 509, sera remise à huitaine. »

Ici se présente une question, qui était controversée et diversement résolue sous l'empire de l'ancien texte, lequel ne contenait rien à cet égard : dans cette délibération nouvelle qui aura lieu à huitaine, se bornera-t-on à reprendre les choses au point où elles sont restées dans la première délibération, ou bien, au contraire, procédera-t-on *à novo*, comme si les choses étaient entières ?

Sous l'empire de l'ancien texte du Code, on avait soutenu que les adhésions données lors de la première délibération subsistaient ; que celle des deux majorités que les propositions du failli avaient obtenue restait acquise au failli. Il n'y avait plus qu'à voir s'il pourrait obtenir celle qui lui avait manqué. — On ne se dissimulait pas que le failli n'aurait guère d'autre moyen d'obtenir la majorité qui lui avait manqué, que de modifier ses propositions premières. Mais, comme ces changements ne pouvaient tendre qu'à les rendre plus favorables aux créanciers, on en concluait que ce n'était pas une raison pour que les créanciers consentants se regardassent comme déliés et pussent revenir sur le vote qu'ils avaient émis (1).

« ment des prescriptions que renferment les art. 509 et 515 » (Dev.-Car., 46, 2, 316). La Cour paraît admettre que, si par exemple l'un des créanciers venait à mourir avant l'expiration de la huitaine, le délai pourrait être prorogé. Je suis même disposé à croire, avec M. Renouard (t. II, p. 34), que, dès le principe, immédiatement après la réunion dans laquelle le concordat a obtenu l'une des deux majorités, le tribunal pourrait, pour des motifs très-graves, accorder un délai plus long que huitaine.

La loi n'exige pas que les créanciers soient spécialement convoqués pour la seconde assemblée : ils doivent savoir qu'elle est de droit, aux termes de l'art. 509. Cependant il sera toujours utile de faire cette convocation spéciale, surtout au point de vue des créanciers qui n'assistaient pas à la première assemblée. Comp. M. Renouard (t. II, p. 35).

(1) Cette opinion était enseignée notamment par M. Pardessus. Comp. M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 706).

Ces considérations étaient spécieuses, sans doute ; mais elles étaient contraires à un principe fondamental, au principe que, dans les contrats et dans les traités synallagmatiques, une des parties ne peut être liée quand l'autre ne l'est pas. Or, le failli était libre de modifier ses propositions ; il était même, en quelque sorte, dans la nécessité de le faire : donc les créanciers ne pouvaient pas être liés envers lui, et tout était à recommencer. C'est dans ce sens que la question a été tranchée par l'article 509 (1).

Arrêtons-nous un moment sur divers incidents, sur diverses circonstances, qui peuvent retarder ou empêcher la délibération relative au concordat. Ces circonstances sont indiquées par les art. 510 et 511, et je vais les passer rapidement en revue (2).

Supposons d'abord que le failli a encouru une condamnation pour banqueroute frauduleuse. Tout concordat avec lui sera impossible : il est indigne de la confiance de ses créanciers qu'il a voulu spolier, et ce serait même porter atteinte à la morale publique que de lui accorder un concordat. Le concordat est un honneur ; c'est pour le failli qui l'obtient une sorte de réhabilitation morale, et il perdrait ce caractère s'il pouvait être accordé à un banqueroutier frauduleux. Aussi ne pourra-t-il jamais l'être (3) ; et, si la condamnation était intervenue après le con-

(1) « Les résolutions prises et les adhésions données lors de la première « assemblée demeureront sans effet » (art. 509 *in fine*).

(2) Ces art. 510 et 511 ont remplacé l'art. 521 du Code de 1808, lequel était ainsi conçu : « Si l'examen des actes, livres et papiers du failli, donne « quelque présomption de banqueroute, il ne pourra être fait aucun traité « entre les créanciers et le failli, à peine de nullité. Le commissaire veillera « à l'exécution de la présente disposition. »

(3) « Si le failli a été condamné comme banqueroutier frauduleux, le « concordat ne pourra être formé » (art. 510, 1er alinéa).

On peut se demander, à propos de cette disposition, si elle s'applique seulement au cas où c'est la faillite actuelle qui a donné lieu à une condamnation pour banqueroute frauduleuse, ou si au contraire elle doit être entendue en ce sens que le commerçant qui a une fois été condamné comme banqueroutier frauduleux ne pourra jamais, s'il tombe de nouveau

cordat voté et homologué, elle emporterait de plein droit l'annulation de ce traité (1).

Mais, s'il y avait seulement des poursuites commencées en banqueroute frauduleuse, comme l'innocence se présume, les créanciers ne pourraient-ils pas, à la faveur de cette présomption, voter un concordat? Non : tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de se réserver de délibérer sur le concordat, s'il y a lieu, après l'issue des poursuites. Et le sursis dont il s'agit ne pourra être prononcé qu'à la majorité en nombre et en sommes requise pour le concordat (2).

en faillite, fût-ce vingt ou trente ans plus tard, obtenir le bénéfice d'un concordat. La première interprétation me paraît plus raisonnable et plus conforme à l'esprit de la loi. — Une question analogue s'élève sur l'art. 905 du Code de procédure, aux termes duquel ne peuvent être admis au bénéfice de cession les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour cause de vol ou d'escroquerie, ni les personnes comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires. Mais ici il me paraît plus difficile de ne pas dire que les individus dont il s'agit sont à tout jamais et d'une manière absolue exclus du bénéfice de cession : autrement, l'art. 905 serait, en grande partie, inutile, la règle étant que le bénéfice de la cession de biens judiciaire n'est accordé qu'au débiteur malheureux et de bonne foi (C. Nap., art. 1268). Au contraire, en ce qui concerne le concordat, la règle est qu'il peut être accordé à tout failli qui obtient la double majorité prescrite par l'art. 507.

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 520.

(2) « Lorsqu'une instruction en banqueroute frauduleuse aura été com-« mencée, les créanciers seront convoqués à l'effet de décider s'ils se ré-« servent de délibérer sur un concordat, en cas d'acquittement, et si, en « conséquence, ils surseoient à statuer jusqu'après l'issue des poursuites. « — Ce sursis ne pourra être prononcé qu'à la majorité en nombre et en « sommes déterminée par l'art. 507. Si, à l'expiration du sursis, il y a « lieu à délibérer sur le concordat, les règles établies par le précédent arti-« cle seront applicables aux nouvelles délibérations » (2e et 3e alinéas de l'art. 510).

Un commerçant qui comparaît devant la Cour d'assises sous l'accusation de banqueroute frauduleuse peut être reconnu coupable seulement de banqueroute simple et condamné par la Cour à une peine correctionnelle (C. d'instr. crim., art. 365, 1er alinéa) : en ce cas, il pourrait obtenir un concordat, ainsi que nous allons le voir dans le 1er alinéa de l'art. 511. Les mots *en cas d'acquittement* de l'art. 510 ne sont donc pas parfaitement exacts : pour qu'il y ait possibilité de délibérer sur un concordat, il n'est pas né-

Reste le cas où le failli a été condamné comme banqueroutier simple. Il y avait là, sous l'empire de l'ancien texte du Code, un obstacle au concordat : l'ancien texte ne distinguait pas à cet égard entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse. Cela n'était pas juste : car, entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse, il y a une distance immense, incommensurable, la même qu'entre l'imprudence et la fraude.

cessaire que l'accusé soit *acquitté*, il suffit qu'il ne soit pas *condamné comme banqueroutier frauduleux*.

Par cela seul qu'une instruction en banqueroute frauduleuse a été commencée, les créanciers se trouvent définitivement en état d'union, à moins que la double majorité organisée par l'art. 507 ne se prononce pour un sursis : la loi a voulu que la concession du sursis dans le cas qui nous occupe fût soumise à la même condition que la concession du concordat lui-même. Je crains bien que la loi ne soit en ceci trop rigoureuse. Comme le dit M. Bédarride (t. II, n° 552), « la poursuite contre le failli peut n'avoir « pour base qu'une erreur que le grand jour de l'audience viendra éclaircir « et dissiper. Et cependant cette poursuite imméritée se sera aggravée par « le rejet du sursis qu'elle aura peut-être déterminé. Il est possible, il est « même probable, que l'opposition de certains créanciers n'aura été que « la conséquence de la conviction de la fraude imputée au failli, convic- « tion que les créanciers ont tous ordinairement à l'ouverture de la faillite, « et qui dans la circonstance aura puisé un plus haut degré de force dans « l'accusation poursuivie par la justice. Cette éventualité n'était-elle pas « de nature à empêcher que le sort de tous les créanciers, que l'avenir du « failli, fût livré à la merci d'un petit nombre d'entre eux, qui seront les « premiers à regretter plus tard la mesure irréparable qu'ils ont prise par « erreur? — Il eût été, ce semble, beaucoup plus rationnel de suivre dans « ce cas la règle ordinaire des assemblées délibérantes et de s'en rapporter « à la majorité des votants; ou bien, puisque la condamnation pour ban- « queroute frauduleuse est seule exclusive du concordat, de proclamer en « principe qu'il serait sursis à la délibération lorsque le failli serait pour- « suivi, sauf à la majorité des créanciers à déclarer qu'il serait passé outre. » — La loi, à tort ou à raison, a traité la simple concession d'un sursis comme la concession du concordat lui-même : il faut nous conformer à la loi. Du reste, nous nous y conformerons pleinement, en décidant que, si le sursis n'était consenti que par l'une des deux majorités exigées, il faudrait délibérer de nouveau à l'expiration de la huitaine : il serait trop bizarre de refuser au failli, quand il s'agit simplement d'obtenir le sursis, une chance que la loi elle-même lui ouvre quand il s'agit d'obtenir quelque chose de plus, le concordat. Voy., en ce sens, MM. Bédarride (t. II, n° 554) et Renouard (t. II, p. 37).

Or, qu'on se montre sévère contre la fraude, cela doit être; mais on peut se montrer indulgent pour la simple imprudence. Aussi les auteurs de la nouvelle loi ont-ils décidé (art. 541), avec grande raison, que la condamnation pour banqueroute simple ne mettrait pas obstacle au concordat (1).

Cependant, s'il y avait des poursuites commencées en banqueroute simple, les créanciers seraient libres, sans doute, de voter un concordat, puisqu'ils pourraient le voter lors même qu'il serait déjà intervenu une condamnation; mais ils pourraient aussi surseoir à délibérer jusqu'après l'issue des poursuites : car elles pourront leur fournir des renseignements de nature à influer sur leur décision ; et d'ailleurs, il pourra arriver, cela s'est vu plus d'une fois, que, dans le cours de l'instruction, les faits changent de caractère, et que les poursuites en banqueroute simple se transforment en poursuites en banqueroute frauduleuse. Du reste, il résulte de l'art. 541 que le sursis ne pourra être prononcé, dans ce cas, comme dans le précédent, qu'à la majorité en nombre et en sommes requise pour le concordat (2).

Maintenant supposons que toutes les conditions voulues pour le concordat existent, que ce traité est formé : s'exécutera-t-il immédiatement? Non : il faudra encore qu'il subisse une dernière et suprême épreuve, qu'il soit soumis à l'appréciation du tribunal : le tribunal sera appelé à l'homologuer, et pourra refuser l'homologation.

Pourquoi a-t-on cru devoir exiger ici l'intervention du tribunal? C'est parce que le concordat est obligatoire pour des créan-

(1) Dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834, la condamnation pour banqueroute simple était mise sur la même ligne que la condamnation pour banqueroute frauduleuse. C'est la première Commission de la Chambre des députés qui a proposé la distinction.

(2) Ici le refus de sursis n'a pas pour conséquence nécessaire, comme au cas d'instruction en banqueroute frauduleuse, l'état d'union; il donne lieu à une délibération immédiate sur le concordat.

ciers qui n'y ont pas consenti, et même qui n'ont pas pu y assister, comme les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, comme les créanciers contestés qui n'ont pas obtenu leur admission provisionnelle, etc.

L'homologation sera-t-elle de droit, en quelque sorte, et pourra-t-elle être accordée d'office? Non : elle devra être demandée, et la demande pourra être rejetée. Elle sera demandée par le failli, qui est le plus intéressé, ou par les syndics au nom de la masse.

L'homologation pourra-t-elle du moins être accordée dès qu'elle sera demandée? Non : il devra y avoir un intervalle de huit jours, au *minimum*, entre le vote du concordat et l'homologation (1); et cela, afin que tous ceux qui y ont intérêt, les créanciers dissidents et même les créanciers consentants qui regretteraient leurs votes, aient la possibilité de former opposition à l'homologation. Ils y sont tous recevables (2).

(1) « L'homologation du concordat sera poursuivie devant le tribunal « de commerce, à la requête de la partie la plus diligente; le tribunal ne « pourra statuer avant l'expiration du délai de huitaine..... » (art. 513, 1er alinéa).

(2) « Tous les créanciers ayant eu droit de concourir au concordat, ou « dont les droits auront été reconnus depuis, pourront y former opposi- « tion » (art. 512, 1er alinéa).

Il va sans dire que celui qui aurait été admis par provision à voter au concordat et qui depuis aurait été reconnu n'être aucunement créancier ne pourrait pas former opposition. En sens inverse, et ceci est formellement exprimé par la loi, celui qui n'a pas eu droit de concourir au concordat parce que sa créance n'était pas vérifiée et affirmée et parce qu'il n'avait même pas été admis provisoirement, celui-là, si son droit a été reconnu depuis, pourra former opposition. Mais il faut que son droit ait déjà été reconnu; il ne suffirait pas qu'il eût intenté une demande pour le faire reconnaître, au moment où il forme opposition. Ainsi jugé par la Cour de Colmar, le 26 mai 1840 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 603). M. Bédarride (t. II, n° 566) est d'un avis contraire : il pense que celui qui se présente dans la huitaine peut valablement former opposition, quoique sa créance soit contestée. « La présomption qui résulte du titre, dit M. Bé- « darride, rend le porteur capable de prendre toutes les mesures conser- « vatrices des droits qu'il peut avoir; seulement, le jugement de l'opposi- « tion est forcément renvoyé jusqu'après la décision de la contestation sur « la qualité de l'opposant. » Cette doctrine me paraît en contradiction ma-

Cette faculté de former opposition devait être accordée, comme elle l'est, à tous les créanciers, afin que le tribunal pû prononcer en complète connaissance de cause. Mais elle n'est pas exempte d'inconvénients : car elle entraîne des lenteurs et des frais. C'est pourquoi on l'a soumise à des conditions rigoureuses, lesquelles sont énumérées dans le 2e alinéa de l'art. 512 :

1° L'opposition doit, et ce à peine de nullité, être formée dans la huitaine (1). Ce délai court contre toute personne, majeure, mineure, capable ou incapable;

nifeste avec le texte et avec l'esprit de la loi. Si celui dont la créance est contestée peut former opposition et retarder par là l'homologation jusqu'au moment où il aura été statué sur sa qualité, je ne comprends plus pourquoi la loi n'a pas dit d'une manière absolue qu'il serait toujours sursis au vote même du concordat jusqu'au jugement des contestations.

La circonstance qu'un créancier vérifié et affirmé a un droit d'hypothèque ou de privilége ne l'empêche pas de voter au concordat; seulement, par cela seul qu'il vote au concordat, il est censé renoncer à son droit de préférence. Si ce créancier n'avait point voté au concordat, n'avait point renoncé à sa qualité d'hypothécaire ou de privilégié, il pourrait néanmoins former opposition; mais logiquement il faut dire que l'opposition ainsi formée aurait pour lui le même effet que le vote au concordat, c'est-à-dire impliquerait de sa part renonciation à la qualité dont il s'agit. Il y a cependant des personnes qui pensent que le créancier ne renonce pas à son droit d'hypothèque ou de privilége par cela seul qu'il forme opposition, comme il y renonce par cela seul qu'il vote au concordat, et qui par suite ne l'admettent à former opposition que moyennant une renonciation préalable et expresse audit droit d'hypothèque ou de privilége. Voy., dans le *Recueil général des lois et des arrêts*, la note qui accompagne l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1840 (41, 1, 313). Cette distinction ne me paraît pas fondée en raison; et si le texte de l'art. 508 *in fine* ne s'applique qu'au cas de vote au concordat, la logique exige qu'on l'étende à tous les cas où le créancier a voulu contribuer personnellement et activement à résoudre la question de savoir s'il y aura ou s'il n'y aura pas de concordat.

(1) Lorsque le concordat est homologué, l'art. 518 permet d'en demander la nullité *pour cause de dol découvert depuis l'homologation et résultant soit de la dissimulation de l'actif, soit de l'exagération du passif.* Cette disposition nous autorise à dire que, si le dol était découvert avant l'homologation, mais depuis l'expiration de la huitaine, l'opposition motivée sur ce dol serait recevable : en effet, s'opposer à ce que l'homologation ait lieu, c'est bien certainement moins grave que de poursuivre l'annulation du concordat homologué. Voy. en ce sens M. Renouard (t. II, p. 44).

2° Elle doit indiquer les motifs sur lesquels elle est fondée (1);

3° Elle doit être signifiée aux syndics et au failli;

4° Elle doit contenir assignation à la première audience du tribunal de commerce (2).

Il s'élève ici quelques difficultés, analogues à celles que nous avons vues à l'occasion de la vérification des créances, lorsqu'un syndic est en même temps créancier (3). Si c'est un syndic qui se rend opposant, — en qualité de créancier, apparemment, car, comme syndic, il ne peut pas former opposition, — et qu'il n'y ait qu'un seul syndic, on n'admet pas que l'opposition sera

(1) Dans le Code de 1808, l'art. 635 contenait la disposition suivante : « Les tribunaux de commerce connaîtront: 1° ....; 2° Des oppositions au « concordat, lorsque les moyens de l'opposant seront fondés sur des actes « ou opérations dont la connaissance est attribuée par la loi aux juges des « tribunaux de commerce. Dans tous les autres cas, ces oppositions seront « jugées par les tribunaux civils. En conséquence, toute opposition au « concordat contiendra les moyens de l'opposant, à peine de nullité.» Ainsi, le Code de 1808 exigeait que l'opposition fût motivée, afin qu'on pût reconnaître immédiatement si ce serait le tribunal de commerce ou au contraire le tribunal civil qui prononcerait sur cette opposition. Aujourd'hui, c'est toujours le tribunal de commerce qui statue sur les oppositions (voy. l'article 513); et néanmoins le législateur a jugé utile d'exiger encore de l'opposant qu'il motivât son opposition.

Si celui qui forme opposition avait déjà, lors de la délibération sur le concordat, exprimé pourquoi le concordat ne lui paraissait pas devoir être accordé et que ses motifs eussent été consignés au procès-verbal, il pourrait dans son opposition se borner à dire qu'il se réfère aux motifs déjà mis en avant. Sous l'empire du Code de 1808, la Cour de Caen s'était prononcée en ce sens par un arrêt du 20 février 1822. Voy. aussi M. Renouard (t. II, p. 43).

(2) Il s'agit évidemment de la première audience *qui suivra l'expiration de la huitaine* (voy. M. Bédarride, t. II, n° 571). — Supposons que l'opposition soit datée du 1er juillet, qui est le dernier jour de la huitaine, et que la première audience doive avoir lieu le 2 juillet : l'assignation serait-elle valablement donnée pour cette première audience? Non, il y aurait violation des art. 416 et 1033 du Code de procédure; notre art. 512 ne doit s'appliquer que sauf l'observation de ces articles. Le tribunal de commerce de la Seine l'a ainsi décidé par un jugement confirmé en appel le 7 juillet 1840 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 744).

(3) Ci-dessus, p. 350 et 351.

signifiée au juge-commissaire, comme on a admis que les créances des syndics seraient vérifiées par lui : si l'opposition était signifiée au juge-commissaire, il serait forcé de jouer un rôle par trop contraire à la nature de ses fonctions, de se constituer l'adversaire judiciaire de l'opposant. Il faudra nommer un syndic spécial, auquel l'opposition sera signifiée (1).

Mais quand il y aura un second syndic, c'est à ce second syndic que le syndic opposant devra signifier son opposition (2). Nous trouvons là une dérogation au principe que la masse est représentée par tous les syndics et non par un seul ou par quelques-uns ; cela paraît contraire aussi au principe d'après lequel la créance d'un syndic ne peut être vérifiée par son co-syndic. Cette décision s'explique. A la différence de la vérification, l'opposition ne confère de droits à personne, elle a simplement pour effet de soumettre à l'appréciation du tribunal les motifs sur lesquels elle est fondée ; et, comme, en définitive, tout dépend de la décision du tribunal, on n'a pas vu d'inconvénient à ce que l'opposition d'un syndic fût signifiée à son co-syndic, tandis qu'il y en aurait à ce que la créance de l'un des syndics fût vérifiée par un autre syndic.

— Occupons-nous maintenant de la marche à suivre, soit qu'il ait été formé, soit qu'il n'ait pas été formé d'opposition.

(1) Cette hypothèse n'avait pas été prévue par le Code de 1808, qui se bornait à dire, dans son art. 523 : « Les créanciers opposants au concordat « seront tenus de faire signifier leurs oppositions aux syndics et au failli « dans huitaine pour tout délai. » La question s'étant présentée, la Cour de Rouen avait décidé, par un arrêt du 10 avril 1824, qu'il y avait lieu de nommer un nouveau syndic (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 745). C'est précisément le système que le législateur a consacré en 1838.— Bien entendu, nous ne pouvons pas dire ici que l'opposition sera non recevable par cela seul qu'elle n'aura pas été signifiée dans la huitaine au syndic *ad hoc;* tout ce qu'on peut raisonnablement exiger, c'est que dans la huitaine le syndic opposant signifie son opposition au failli et fasse les diligences nécessaires pour arriver à la nomination du syndic *ad hoc*, et qu'ensuite, dès que ce syndic *ad hoc* aura été nommé, il lui signifie son opposition. Voy. M. Renouard, t. II, p. 45 et 46.

(2) Cela résulte, par argument *a contrario*, du 3e alinéa de l'art. 512.

Supposons d'abord qu'il n'en a pas été formé. L'homologation sera-t-elle de droit, en quelque sorte, ou bien, au contraire, devra-t-elle être demandée, et l'homologation demandée pourra-t-elle être refusée par le tribunal?

L'homologation, même en l'absence de toute opposition, doit être demandée (1). Elle est demandée, par voie de requête, soit par le failli, soit par les syndics. Cependant il me semble, bien que cela puisse être douteux, que le tribunal pourrait, sur le rapport du juge-commissaire, l'accorder d'office (2).

A l'inverse, le tribunal pourrait-il, en l'absence de toute opposition, refuser l'homologation demandée par le failli ou par les syndics? Il le pourrait; mais pour quels motifs? Pour des motifs de diverses sortes :

(1) En effet, l'art. 513, 1er alinéa, dit, d'une manière générale, que l'homologation sera poursuivie à la requête de la partie la plus diligente.

(2) Je ne puis partager sur ce point l'opinion de M. Bravard. En effet, le projet présenté par le Gouvernement en 1834 autorisait le juge-commissaire à poursuivre l'homologation; la première Commission de la Chambre des députés ayant supprimé cette disposition, un membre de la Chambre réclama, et voici ce qui lui fut répondu, au nom de la Commission, par M. Renouard : « On a pensé qu'assez de personnes sont intéressées à pour-« suivre l'homologation pour qu'il ne soit pas nécessaire de faire interve-« nir le juge-commissaire, qui dans aucun cas ne peut être partie princi-« pale. Le failli qui demande le concordat, les syndics qui gèrent les inté-« rêts de la masse, chacun des créanciers, qui seront en grand nombre, ce « sont là assez d'intérêts en présence. M. Toussin craint des manœuvres « secrètes entre les syndics et le failli; mais le droit ouvert à chacun des « créanciers de former opposition et de poursuivre l'homologation offre « une suffisante garantie pour déjouer ces manœuvres. » Il ressort de ces paroles que, si l'homologation ne peut être prononcée à la demande du juge-commissaire, en revanche elle peut l'être à la demande d'un simple créancier. C'est encore un cas où chaque créancier peut individuellement prendre l'initiative d'une certaine mesure, tandis qu'en règle ordinaire il n'appartient qu'aux syndics d'agir dans l'intérêt de tous et de chacun.

Lorsqu'il y a plusieurs syndics, je crois que l'homologation serait valablement poursuivie même par un seul d'entre eux. Tout au moins faut-il admettre que, dans le cas où il y a deux syndics et où l'un d'eux a formé opposition au concordat, l'autre pourra seul poursuivre l'homologation, et qu'il n'aura même pas besoin pour cela de se faire autoriser par le juge-commissaire. C'est aussi ce que la Cour de Paris a reconnu, par un arrêt du 28 avril 1855 (Dev.-Car., 55, 2, 716).

1° Pour inobservation des formalités requises. Alors le refus ne serait que provisoire : il y aurait donc lieu de convoquer de nouveau les créanciers, pour délibérer de nouveau sur le concordat, et, l'obstacle qui s'opposait à l'homologation n'existant plus, le tribunal pourrait homologuer ce traité (1).

(1) Ce que dit ici M. Bravard s'appliquera, par exemple, si l'on avait omis les insertions dans les journaux prescrites par l'art. 504, si l'assemblée des créanciers s'était formée sous la présidence d'un juge autre que le juge-commissaire, si les syndics n'avaient pas fait à l'assemblée le rapport qu'exige l'art. 506, etc. Mais supposons que, le concordat ayant obtenu une première fois l'une des deux majorités voulues, la délibération ait été renvoyée à un délai de quinze jours ou d'un mois, et que dans la deuxième assemblée le concordat ait obtenu la double majorité en nombre et en sommes : le tribunal n'homologuera pas un pareil concordat qui a été obtenu en violation de l'art. 509, et ici évidemment il n'y aura pas lieu de recommencer, les créanciers se trouveront purement et simplement en état d'union.

La distinction que je viens d'indiquer est repoussée par un arrêt de la Cour de Rouen, du 3 mai 1846, qui pose en principe que le refus fait par la justice d'homologuer un concordat a toujours pour conséquence nécessaire de placer les créanciers en état d'union (Dev.-Car., 47, 2, 561). Dans l'espèce, le refus d'homologation était fondé sur ce que la femme du failli avait consenti des sacrifices qui portaient atteinte à ses droits dotaux. L'homologation ainsi refusée, le failli avait assigné les syndics devant le tribunal de commerce pour voir dire que les créanciers seraient convoqués à l'effet d'entendre les nouvelles propositions qu'il avait à leur soumettre. Mais le tribunal de commerce de Rouen avait repoussé cette prétention du failli, et son jugement fut confirmé en appel : « Attendu qu'on ne peut « supposer qu'il soit permis au failli, après le refus d'homologation du « concordat qu'il avait indûment obtenu, d'en demander un nouveau, à une « époque où tous les délais prescrits par la loi, à peine de nullité, pour « former un concordat sont depuis longtemps expirés. » Il y a là évidemment une erreur : car nulle part la loi n'a dit que le concordat devrait nécessairement être voté dans un certain délai à partir de la convocation faite en vertu de l'art. 504; loin de là, les délibérations qui précèdent le vote peuvent se prolonger très-longtemps, le nombre des séances n'est point limité. Si donc un premier vote se trouve nul, le principe est qu'on est toujours à temps de procéder à un deuxième, absolument comme si le premier n'avait pas eu lieu. — La Cour de Rouen ajoute « qu'il ressort de « la combinaison des art. 509, 515 et 529 que les créanciers sont *de plein* « *droit* en état d'union, par cela seul qu'il n'intervient pas de concordat, « ou, ce qui est la même chose, par cela seul que le concordat, qui ne peut « exister sans l'homologation de la justice, a été repoussé par elle. » C'est

2° Le tribunal peut refuser l'homologation pour des motifs tirés de l'intérêt public, parce que la conduite du failli ne paraît pas comporter la faveur d'un concordat, et que cette faveur aurait quelque chose de contraire à la morale (1).

là une véritable pétition de principe. Oui, sans doute, quand il est certain qu'il n'y aura pas de concordat, les créanciers se trouvent par cela même et de plein droit en état d'union; mais la question est précisément de savoir si le refus de la justice d'homologuer un premier concordat nous donne la certitude qu'il n'y aura pas de concordat. — La Cour de Rouen dit enfin « que le nouveau Code de commerce ne suppose la possibilité de « former un nouveau concordat que dans le cas où celui qui avait été pré- « cédemment homologué a été annulé pour les causes que ce Code spéci- « fie; que, dans ces diverses circonstances, il s'agit de la réouverture « d'une faillite à laquelle le concordat avait mis fin; que la loi a pris « soin d'indiquer quelles sont alors les conditions et les formalités à rem- « plir pour arriver à l'obtention d'un nouveau concordat; que ces prévi- « sions nouvelles de la loi sont entièrement étrangères au cas où il s'agit « de former un second concordat après le refus d'homologation d'un pre- « mier, et que, si elle avait supposé que cette formation fût possible, elle « n'aurait pas manqué, comme elle l'a fait pour les causes d'annulation ci- « dessus rappelées, d'en déterminer aussi les délais, les formes et les con- « ditions. » Ainsi, de ce que la loi admet que, dans certains cas déterminés, un concordat homologué peut être annulé et remplacé par un nouveau concordat, la Cour de Rouen conclut, par argument *a contrario*, que, dans aucun cas, un concordat non homologué ne peut être remplacé par un nouveau concordat. C'est aller au rebours de toute logique : car évidemment un concordat homologué a plus de force, et par là même constitue un obstacle plus sérieux à la possibilité d'un nouveau concordat, qu'un concordat non homologué. C'est donc un argument *a fortiori* et non un argument *a contrario* qu'il faudrait tirer des dispositions dont il s'agit.

La Cour de cassation a fait une juste application des principes lorsque, rejetant, le 10 août 1847, le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rennes, elle a dit : « L'arrêt, décidant en fait que le concordat présenté à « la justice ne réunissait pas les conditions exigées par la loi, a dû faire ce « qu'il a fait, c'est-à-dire en prononcer la nullité; il n'a pas fait autre « chose, et cet arrêt n'implique point l'impossibilité pour le sieur D. de « faire, s'il y a lieu, un nouveau concordat, et d'en obtenir l'homologation « s'il réunissait les conditions légales » (Dev.-Car., 51, 1, 100).

(1) Le tribunal, à cet égard, a un pouvoir discrétionnaire. La Cour de Poitiers, par un arrêt du 29 août 1850, s'était fondée, pour refuser l'homologation d'un concordat, sur ce que le failli, s'étant livré à des opérations commerciales qui avaient eu pour résultat de le mettre en présence d'un déficit énorme, ne donnait sur les pertes par lui subies que des explica-

Mais le tribunal pourrait-il apprécier ce traité au point de vue de l'intérêt pécuniaire des créanciers, et refuser l'homologation en se fondant sur ce que les dividendes offerts ne sont pas en rapport avec les ressources du débiteur, sur ce que l'intérêt des créanciers est lésé par les propositions qu'ils ont acceptées? Sous l'empire de l'ancien texte du Code, on ne l'admettait pas, et on faisait un raisonnement assez plausible en soi et assez exact en principe pur. On disait : « Le tribunal n'est pas partie au concordat; ce traité se forme entre le failli et ses créanciers, qui peuvent disposer librement de leurs droits, et, par conséquent, le tribunal n'a pas à s'immiscer dans le règlement de leurs intérêts respectifs, règlement qui dépend d'eux, d'eux seuls. Autrement, le tribunal sortirait de son rôle. » Cette manière de raisonner était assez juridique. Elle consiste, on le voit, à ne reconnaître au tribunal le droit de refuser d'office son homologation, qu'autant qu'il y aurait eu inobservation des formalités, ou que des motifs d'ordre public s'opposeraient à l'homologation : il faut, pour

tions peu satisfaisantes : la Cour de cassation, dans son arrêt du 2 mai 1853, déclare « qu'en statuant ainsi la Cour de Poitiers n'a fait qu'user du droit « que l'art. 515 du Code de commerce donne aux juges de refuser l'homo- « logation du concordat lorsque des motifs tirés, soit de l'intérêt public « soit de l'intérêt des créanciers, paraissent de nature à l'empêcher; que « l'appréciation de ces motifs est abandonnée aux juges et qu'elle est sou- « veraine » (Dev.-Car., 53, 1, 403).

Par application de ces principes, un arrêt de la Cour de Paris, du 13 mars 1856, a confirmé un jugement du tribunal de commerce de la Seine qui avait refusé d'homologuer un concordat par les motifs suivants : « Attendu qu'il résulte des documents produits, des renseignements éma- « nés du syndic et de l'avis de M. le juge-commissaire que L., si on ne « trouve à sa charge aucun fait de fraude ou de mauvaise foi, a fait preuve, « pendant toute sa carrière commerciale de la plus grande incapacité; que « c'est à cette incapacité et surtout au désordre qui a toujours existé dans « la gestion de ses affaires que l'on doit attribuer le non-paiement de ses « premiers dividendes et sa deuxième cessation de paiements; que, sans « se préoccuper de la question de savoir s'il est de l'intérêt des créanciers « qui ont voté le concordat d'en ordonner l'homologation, il est d'ordre « public et d'un intérêt général de ne pas laisser à la tête de leurs affaires « des commerçants qui, deux fois, par incapacité et par mauvaise gestion « ont été déclarés en faillite... » (Dev.-Car., 56, 2, 589).

que le tribunal puisse s'occuper du concordat au point de vue de l'intérêt pécuniaire des créanciers, que cette question lui soit soumise, sous forme d'opposition, par quelques créanciers (1).

Mais, quelque juridique qu'il fût, ce système ne pouvait être admis par la nouvelle loi : car il était inconciliable avec les innovations qu'elle avait apportées sur d'autres points à l'ancien texte du Code. En effet, comme nous l'avons vu, afin d'accélérer la marche des opérations, la nouvelle loi a décidé qu'il serait passé outre à la délibération sur le concordat et aux autres opérations de la faillite, lors même que les délais accordés aux créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France ne seraient pas expirés. La nouvelle loi a voulu pareillement qu'on n'attendît pas le jugement des contestations ; que les créanciers contestés ne pussent prendre part à la délibération sur le concordat qu'autant qu'ils auraient obtenu leur admission provisionnelle. Dès lors, on devait remplacer par une garantie d'un autre

(1) L'art. 526 du Code de 1808 était ainsi conçu : « Le tribunal de commerce pourra, pour cause d'inconduite ou de fraude, refuser l'homologation du concordat; et, dans ce cas, le failli sera en prévention de banqueroute, et renvoyé, de droit, devant le magistrat de sûreté, qui sera tenu de poursuivre d'office. S'il accorde l'homologation, le tribunal déclarera le failli excusable et susceptible d'être réhabilité, aux conditions exprimées au Titre ci-après *De la réhabilitation.* »

Voici en quels termes M. Locré commente cet article : « L'homologation n'étant qu'une simple formalité, il en résulte qu'elle ne peut pas être refusée, toutes les fois que les parties sont en règle. Elle ne peut pas l'être non plus, quand la nullité est purement relative et qu'il ne survient pas d'opposition de la part des parties intéressées. Le Code ne permet donc le refus que dans un seul cas, et cette exception même confirme le principe général... » (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 523).

Je lis, de même, dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de Paris, du 23 février 1839, rendu à l'occasion d'un concordat signé le 19 janvier 1838, « que les premiers juges avaient uniquement pour mission de vérifier si « les formalités prescrites par la loi avaient été remplies, et de rechercher, « dans un but d'intérêt public, s'il existait des faits de fraude ou d'inconduite imputables au failli et de nature à le priver du bénéfice du concordat à lui consenti » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 766).

genre celle qu'on enlevait à ces créanciers, et c'est pourquoi les nouveaux art. 514 et 515 ont décidé que le tribunal pourrait refuser l'homologation, et la refuser d'office, même en se fondant sur l'intérêt des créanciers, et après avoir entendu le rapport du juge-commissaire (1).

Maintenant supposons, — c'est la seconde hypothèse dont nous avons à nous occuper, — que, dans le délai de huitaine, il a été formé des oppositions : voyons quelle sera la suite de ces oppositions.

Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, l'opposition doit contenir assignation à la première audience du tribunal de commerce. A cette audience donc, l'opposant, en personne ou par fondé de pouvoirs (devant le tribunal de commerce il n'y a pas d'avoués), développera les motifs de son opposition ; le failli ou les syndics répondront, et le tribunal prononcera. Mais il y a une pièce dont on fera souvent usage dans le débat qui précédera la décision du tribunal ; c'est le rapport du juge-commissaire. Le juge-commissaire aura eu soin de rédiger d'avance son rapport et de le déposer au greffe du tribunal, où les intéressés auront pu en prendre communication. On invoquera, pour ou contre l'admission de l'opposition, les appréciations que le juge-commissaire aura consignées dans son procès-verbal, l'opinion qu'il aura émise sur la conduite du failli, sur sa mora-

(1) Le tribunal peut refuser d'homologuer le concordat ; mais il ne peut pas l'homologuer en en modifiant les clauses. Comme le dit très-bien la Cour de Nancy (arrêt du 6 juin 1846), « il y a lieu de reconnaître que le tribunal, « en prononçant l'homologation du concordat, ne pouvait pas, contrairement à la volonté des parties, substituer à la clause qui permettait de « vendre les immeubles du failli avec publicité et concurrence la prescription de ne procéder à cette vente qu'en suivant les formalités exigées « pour la vente des biens des mineurs ; que, si le tribunal avait pensé devoir attacher à ce mode de vente une importance décisive, il aurait pu « y voir un motif de refuser son homologation au concordat, mais non « pas d'y introduire une modification de son chef » (voy. M. Renouard, t. II, p. 60). Ainsi, dans l'intérêt des créanciers, le tribunal peut très-bien refuser d'homologuer le concordat, mais il ne peut pas stipuler pour eux.

lité, sur l'économie et l'ensemble du concordat, sur la situation respective qu'il fait aux créanciers et au failli (1).

Le tribunal statuera, par un seul et même jugement, sur l'opposition et sur l'homologation. S'il admet l'opposition, il est clair qu'il refusera l'homologation. Mais, tout en rejetant l'opposition, il pourrait refuser l'homologation, en se fondant sur des motifs autres que ceux allégués par l'opposant. — L'ancien texte du Code voulait qu'il fût statué, par deux jugements différents, d'abord sur le mérite des oppositions, puis sur l'homologation, et que le jugement sur l'homologation ne pût être rendu que huitaine après le jugement sur les oppositions. C'était une complication inutile, que la nouvelle loi a fait disparaître, en décidant qu'il serait statué par un même jugement tout à la fois sur les oppositions et sur l'homologation (2).

Il existe cependant un cas où, même sous l'empire de la nouvelle loi, il y aura deux jugements, et, par conséquent, un certain

(1) La loi exige le rapport du juge-commissaire aussi bien quand il n'y a point d'opposition que quand il en a été formé : « Dans tous les cas, dit « l'art. 514, avant qu'il soit statué sur l'homologation, le juge-commissaire « fera au tribunal de commerce un rapport sur les caractères de la faillite « et sur l'admissibilité du concordat. »

Nous reviendrons dans un instant sur ce rapport du juge-commissaire.

(2) Ancien art. 524, 1er alinéa : « Le traité sera homologué dans la huitaine du jugement sur les oppositions. »

Nouvel art. 513, 2e alinéa : « Si pendant le délai de huitaine (à dater de « la signature du concordat), il a été formé des oppositions, le tribunal « statuera sur ces oppositions et sur l'homologation par un seul et même « jugement. »

D'après le Code de 1808, l'opposition n'était pas toujours jugée par le tribunal de commerce. Voy., ci-dessus, p. 408, note 1.

Quant au 3e alinéa de l'art. 513, il est ainsi conçu : « Si l'opposition est « admise, l'annulation du concordat sera prononcée à l'égard de tous les « intéressés. » Il paraît qu'on jugeait, sous l'empire du Code de 1808, que, quand une opposition était admise, le concordat, annulé vis à vis de l'opposant, restait valable vis à vis des autres créanciers. M. Renouard, dans son rapport à la Chambre des députés, et M. Tripier, dans son rapport à la Chambre des pairs, expliquent très-bien qu'il faut que le concordat soit obligatoire pour tout le monde ou ne le soit pour personne (voy. M. Renouard, t. II, p. 54).

délai entre l'un et l'autre. Ce cas est celui où l'opposition soulève des questions qui ne sont pas de la compétence du tribunal de commerce. Il faudra bien nécessairement aller devant le tribunal compétent pour les juger, et attendre, avant de prononcer sur l'homologation, qu'il les ait jugées. Tout ce que pouvait faire le législateur, et il l'a fait, c'était de prescrire une marche très-rapide. Aussi a-t-il voulu (art. 512, 4e et 5e alinéas), que le tribunal de commerce sursît jusqu'au jugement des questions à la solution desquelles l'opposition est subordonnée, et que ce tribunal fixât un bref délai dans lequel le créancier opposant devrait saisir le tribunal compétent et justifier de ses diligences. Une fois jugées les questions dont il s'agit, il n'y aura plus d'obstacle à ce que le tribunal de commerce prononce sur l'homologation, et il l'accordera ou la refusera ainsi que je l'ai indiqué (1).

Mais j'ai une dernière observation à faire à ce sujet. Le tribunal de commerce ne pourra jamais statuer sur l'homologation, sans qu'au préalable le juge-commissaire lui ait fait un rapport. Ce rapport est exigé dans tous les cas (art. 514), c'est-à-dire, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas d'opposition, soit que le tribunal accorde, soit qu'il refuse l'homologation. Et sur quoi portera ce rapport? Sur deux points :

1° Sur les caractères de la faillite, sur la conduite du failli, sur sa moralité, sur le plus ou moins d'impéritie ou d'imprudence

(1) La disposition contenue au 4e alinéa de l'art. 512 a été proposée par la première Commission de la Chambre des députés. Voici un cas où il y aurait lieu de l'appliquer : Le failli a obtenu un concordat dans lequel on lui fait remise de 75 p. 100 ; une opposition est formée : l'opposant soutient que cette remise de 75 p. 100 est beaucoup trop forte, attendu que le failli a recueilli récemment une succession opulente dont il n'a jamais été question dans les opérations de la faillite. Evidemment, ce n'est pas au tribunal de commerce, c'est au tribunal civil, à décider si effectivement le failli a recueilli la succession dont il s'agit ; quand le tribunal civil aura prononcé sur cette question, le tribunal de commerce verra s'il convient de rejeter ou d'admettre l'opposition.

Quant au 5e alinéa, comme le remarque M. Renouard (t. II, p. 49), il contient une disposition analogue à celle de l'art. 182 du Code forestier.

qu'on peut lui reprocher, afin que le tribunal reconnaisse si, au point de vue de l'intérêt public, et pour l'honneur même des concordats en général, il ne doit pas refuser l'homologation ;

2° Sur l'admissibilité du concordat, c'est-à-dire sur les dispositions mêmes de ce traité, sur les clauses et conditions qu'il renferme, en un mot, sur le concordat envisagé spécialement au point de vue des créanciers.

Ce rapport est une formalité préalable à l'homologation du concordat ; il doit toujours précéder le jugement qui statue sur l'homologation. L'art. 514 l'exige de la manière la plus impérative et la plus absolue (1).

Reste à savoir si l'homologation sera susceptible d'être attaquée par voie d'appel. Oui, elle en sera susceptible : car l'appel est le droit commun en matière de jugement, et l'homologation se produit sous la forme d'un jugement. D'ailleurs, l'art. 519 ne laisse aucun doute à cet égard, puisqu'il suspend les effets du jugement d'homologation jusqu'à ce qu'il soit passé en force de chose jugée. Ce jugement ne sera donc pas exécutoire dès qu'il sera rendu ; et, même en l'absence d'appel, il faudra toujours que le délai dans lequel appel pourrait être formé soit expiré.

Mais par qui l'appel pourra-t-il être interjeté ? Il n'en sera pas du droit de former appel comme du droit de former opposition, lequel appartient à tous les intéressés (2). Le droit d'appeler sera

(1) Je crois, avec la plupart des auteurs, que le jugement serait nul s'il n'avait pas été précédé du rapport : le rapport est indispensable pour que les juges statuent en connaissance de cause sur l'homologation qui leur est demandée. La Cour de Douai s'est prononcée en ce sens par un arrêt du 23 décembre 1839 ; mais il y a en sens contraire un arrêt de la Cour de Besançon du 29 novembre 1843 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 765). — Du reste, ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation (2 mai 1853), la loi n'exige pas ici, comme l'art. 506 l'a exigé pour le rapport des syndics, que le rapport du juge-commissaire soit rédigé par écrit (Dev.-Car., 53, 1, 403).

(2) Voy. le 1er alinéa de l'art. 512.

plus restreint : il n'appartiendra qu'à ceux qui auront formé opposition (1), — à moins que ceux qui n'auraient pas formé opposition ne se fondent sur des motifs qui seraient de nature à faire annuler le concordat, lors même que le jugement d'homologation serait passé en force de chose jugée.

Dans quel délai l'appel devra-t-il être interjeté? Dans le délai de quinzaine (art. 582). C'est une règle applicable à tous les jugements rendus en matière de faillite, et une abréviation notable du délai ordinaire qui est de trois mois (2).

(1) En effet, la pensée de la loi est de ne donner aux parties intéressées que huitaine à partir de la signature du concordat pour se décider sur le point de savoir s'il convient ou non de l'attaquer : ceux qui laissent passer la huitaine sans protester sont désormais non recevables à se plaindre du concordat (voy. l'art. 512, 2e alinéa). Comp. M. Bédarride, t. II, no 585. M. Renouard admet cette solution (t. II, p. 63). Mais il ajoute que, si les syndics avaient formé opposition, les créanciers en général auraient été représentés et qu'ainsi chacun d'eux pourrait interjeter appel du jugement d'homologation, comme si lui-même s'était porté opposant. Je crois qu'il y a là une erreur. La loi reconnaît le droit de former opposition aux créanciers et non aux syndics; il est si vrai que les syndics, comme tels, ne peuvent pas former opposition que l'opposition doit toujours leur être signifiée (comp., ci-dessus, p. 408). La question de savoir si un créancier non opposant a droit d'interjeter appel du jugement d'homologation lorsque les syndics ont formé opposition, cette question ne peut donc même pas se présenter.

(2) Le délai ordinaire pour interjeter appel est aujourd'hui de deux mois (Loi du 3 mai 1862, art. 2).

— M. Bravard s'occupe du cas où le tribunal de commerce a homologué le concordat; il ne dit rien du cas inverse, du cas où le tribunal a refusé son homologation. Est-ce que l'appel n'est pas possible dans ce dernier cas comme dans l'autre? L'appel est possible conformément au droit commun : car nos articles n'y ont point dérogé. Mais qui pourra interjeter appel? En général, toute partie intéressée. L'homologation a pu être poursuivie devant le tribunal à la requête de la partie la plus diligente (art. 513, 1er alinéa). Cette partie la plus diligente n'a pas agi uniquement pour son compte, elle a représenté tous les créanciers et chacun d'eux, elle a même représenté le failli : donc chacun des créanciers, donc le failli a droit d'interjeter appel, puisqu'en réalité toutes ces personnes ont succombé devant le tribunal. Parmi les créanciers, ceux-là seulement seraient non recevables à interjeter appel qui ont formé opposition au concordat. Ici encore M. Renouard suppose que les syndics ont formé opposition : les syndics auraient alors représenté tous les créanciers, et par conséquent ceux-là seulement

§ III. — DES EFFETS DU JUGEMENT D'HOMOLOGATION.

Le premier effet du jugement d'homologation est de rendre le concordat obligatoire pour tous les créanciers indistinctement,

seraient recevables à interjeter appel du jugement portant refus d'homologation qui devant le tribunal auraient conclu à l'homologation. Mais la loi n'admet pas que cette hypothèse puisse jamais se réaliser : donc tout créancier qui n'a pas personnellement formé opposition est recevable à interjeter appel.

Lorsque, par suite d'un appel interjeté, la Cour impériale prononce sur l'homologation du concordat, son arrêt n'a pas besoin d'être précédé d'un nouveau rapport, et il n'est même pas indispensable que le rapport du juge-commissaire ait été produit devant elle. Comme le dit la Cour de cassation, dans les *considérants* de son arrêt, déjà cité, du 2 mai 1853,« Si « l'art. 514 détermine que, dans tous les cas, avant qu'il soit statué sur « l'homologation du concordat, le juge commis fera au tribunal de com- « merce un rapport sur les caractères de la faillite et sur l'admissibilité du « concordat, il résulte du jugement rendu par le tribunal de commerce de « Niort que cette formalité avait été remplie et que le juge-commissaire « avait fait son rapport tendant à l'homologation du concordat. La loi « n'impose pas au juge d'appel en cette matière l'obligation de ne juger, « comme le juge de 1re instance, que sur la production du rapport fait par « le juge-commissaire; elle n'exige pas même que ce rapport soit fait par « écrit. Le juge d'appel statue, comme en toute autre matière, sur les di- « vers éléments que lui fournissent les débats et les conclusions prises par « les parties... » (Dev.-Car., 53, 1, 403).

— Le jugement par lequel le tribunal accorde ou refuse l'homologation du concordat peut-il être attaqué par quelque autre voie que la voie de l'appel? Peut-il être attaqué par la voie de l'opposition? Supposons que l'homologation a été prononcée à la requête du failli : les créanciers qui n'ont pas comparu devant le tribunal pour contester la demande du failli ne pourraient-ils pas former opposition? Réciproquement, supposons que l'homologation a été refusée par le tribunal : le failli, qui n'a pas comparu pour défendre le concordat, ne pourrait-il pas former opposition? Non : la voie de l'opposition n'est jamais ouverte qu'à une partie qui a fait défaut; or, ni les créanciers dans le premier cas, ni le failli dans le deuxième, ne peuvent être considérés comme ayant fait défaut. Ainsi que le dit la Cour de Paris, dans les *considérants* de son arrêt du 28 avril 1855, « le jugement d'homologation ou de rejet n'est point déclaratif, mais bien « essentiellement attributif de droit : c'est un consentement que l'on solli-

pour les créanciers vérifiés ou non vérifiés, pour les créanciers contestés, soit qu'ils aient obtenu, ou qu'ils n'aient pas obtenu leur admission provisionnelle, ou que la somme pour laquelle ils l'ont obtenue soit plus forte ou moins forte que celle pour laquelle ils sont reconnus définitivement créanciers. Cependant on pourrait dire que le créancier, s'il n'a pas obtenu son admission provisionnelle et qu'en définitive il ait été reconnu créancier, a été privé sans droit de la faculté de concourir au concordat, et, en sens inverse, que, s'il a obtenu son admission provisionnelle et qu'en définitive la justice ait refusé de lui re-

« cite du tribunal, partie essentielle au contrat, comme représentant l'in-« térêt de la société et même celui de tous les créanciers, consentement « qu'il est absolument libre de donner ou de refuser. Il résulte de l'ensem-« ble des dispositions de la loi que toutes les parties ayant pris part au « concordat ne doivent pas être appelées sur la demande en homologation, « mais que le tribunal doit au contraire prononcer sur la requête de la « partie la plus diligente, laquelle dans ce cas représente tous les inté-« ressés. S'il n'en était pas ainsi, il en résulterait que le jugement pourrait « être frappé successivement d'un grand nombre d'oppositions....; un pa-« reil résultat démontre, à lui seul, que, rendu sur la requête, soit du « syndic, soit du failli, soit même d'un simple créancier, il est inattaqua-« ble par voie d'opposition. D'ailleurs, chaque intéressé a su ou dû savoir « que, huitaine après le concordat, le tribunal pouvait être saisi de la de-« mande en homologation; chacun a pu se joindre au requérant ou pren-« dre des réquisitions contraires, et, ainsi interpellé par la loi, aucun ne « peut être considéré comme défaillant non averti. Enfin la loi n'a pas « exigé la présence effective ou la mise en cause spéciale de chacune des « parties, sur le motif que le tribunal trouverait tous les éléments de dé-« cision dans le rapport du juge-commissaire, qui, ayant assisté à toutes « les opérations de la faillite, peut fournir au tribunal les renseignements « propres à éclairer sa religion » (Dev.-Car., 55, 2, 716). Voy. dans le même sens MM. Renouard, t. II, p. 62, et Bédarride, t. II, no 586.

L'homologation étant prononcée par le tribunal à la requête de la partie la plus diligente, nous admettons qu'en réalité chaque créancier a figuré dans l'instance soit par lui-même, soit par un représentant légal : il en résulte qu'aucun créancier ne peut attaquer le jugement d'homologation par voie de tierce-opposition (voy. C. de proc., art. 474). Conformément à cette doctrine, et par application de l'art. 466 du Code de procédure, la Cour de Douai a jugé, le 17 février 1849, qu'un créancier n'est pas recevable à intervenir en cause d'appel dans l'instance en homologation du concordat (Dev.-Car., 59, 2, 684). Voy. aussi M. Renouard, t. II, p. 65.

connaître la qualité de créancier, il a concouru sans droit au concordat : on pourrait dire dès lors que, dans les deux cas, la majorité, soit en nombre, soit en sommes, a été faussée. Cela est vrai en soi ; mais il fallait absolument donner au concordat de la stabilité, et mieux eût valu attendre le jugement des contestations que de faire dépendre la validité du concordat consenti et homologué du jugement qui interviendrait ultérieurement sur les contestations (1).

Sous l'empire du Code, on avait prétendu que les créanciers non portés au bilan ne devaient pas être soumis à la loi du concordat. Mais c'était laisser au failli un moyen indirect d'avantager certains créanciers. C'était, d'ailleurs, perdre de vue que, si ces créanciers ne se présentent pas, ils doivent s'en prendre à eux-mêmes : car ils ont été mis en demeure par les convocations qui leur ont été adressées comme aux autres par la voie des journaux. Les lettres missives ne sont qu'une invitation officieuse, en quelque sorte, et le défaut d'envoi de ces lettres ne saurait affranchir un créancier du concordat. Aussi l'art. 516 nouveau dit-il que l'homologation du concordat le rend obligatoire pour tous les créanciers, même non portés au bilan (2).

Il y a cependant une classe de créanciers à qui le concordat n'est pas opposable ; ce sont les créanciers hypothécaires, privi-

(1) Ainsi le législateur avait à choisir entre les trois systèmes suivants, qui tous les trois présentaient certains inconvénients : 1° procéder au vote sur le concordat et à l'homologation à une époque où l'on ne connaît pas sûrement qui est créancier, quel est le montant du droit de chaque créancier, en admettant la possibilité de faire tomber le concordat si plus tard il est reconnu qu'en réalité ce concordat n'a pas été voté par la majorité de tous les créanciers, représentant les trois quarts de toutes les sommes dues ; — 2° procéder au vote sur le concordat et à l'homologation à une époque où il y a encore incertitude sur le nombre des créanciers et sur le droit de chacun, en proclamant que ce concordat est définitif et liera tout le monde ; — 3° enfin attendre pour voter le concordat le moment où la justice aura définitivement prononcé sur le sort de tous ceux dont la créance était douteuse, soit au point de vue de son existence même, soit au point de vue de sa quotité. De ces trois systèmes, c'est le second qui a été choisi comme étant celui qui au fond a le moins d'inconvénients.

(2) Voy., ci-dessus, p. 379.

légiés ou nantis. Nous savons qu'ils sont considérés comme étant en dehors de la faillite : dès lors il est tout simple qu'ils ne soient pas soumis au concordat. Mais, s'ils n'y sont pas soumis, c'est seulement en tant qu'ils veulent se prévaloir des prérogatives attachées à leur qualité de créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis (1), prérogatives dont l usage n'a rien de compatible avec l'existence du concordat. Elles dérivent d'une qualité spéciale qui les place et qui les maintient sous l'empire du droit commun.

— Un second effet du jugement d'homologation du concordat, est de faire cesser la situation exceptionnelle et anomale qu'avait produite le jugement déclaratif. Dès que le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée, le dessaisissement cesse, le débiteur recouvre la plénitude de sa capacité contractuelle (2) ;

(1) Je reviendrai bientôt sur cette observation.

(2) Ainsi les dettes qu'il contractera désormais seront valables même vis à vis de la masse ; et il va sans dire que la réduction qui peut avoir été consentie au failli par le concordat n'atteindra pas les créances qui prennent naissance contre lui depuis l'homologation du concordat. Mais il ne faut pas exagérer la portée de ce principe. Supposons que lors du jugement déclaratif le failli fût tenu d'une dette conditionnelle et que la condition ne se réalise qu'après l'homologation : le créancier sera parfaitement soumis au concordat. En effet, la condition accomplie ayant un effet rétroactif, il se trouve que la créance existait déjà avant la faillite ; d'ailleurs, le créancier conditionnel a dû être appelé à la délibération sur le concordat. — De même, si le failli était débiteur d'une rente viagère, la réduction atteindra même les arrérages échus depuis l'homologation. Le contraire avait été jugé ; mais ce jugement a été cassé, le 22 mars 1847, et il devait l'être. « En droit, dit la Cour de cassation, il résulte de la combinaison des « art. 1978, 1979 et 1980 du Code civil que la créance de rente viagère est « constituée par l'acte même et ne prend pas naissance seulement au fur « et à mesure des échéances des termes; mais la durée de l'engagement « est incertaine, puisqu'elle doit être précisément égale à la durée de la « vie de la personne sur la tête de laquelle la rente est assise, en sorte « que, par le seul fait de la conclusion du contrat, le débiteur est déjà « tenu, par tous les liens de droit, au paiement de tous les termes qui de- « viendront successivement exigibles pendant toute l'existence de cette « personne. Il suit de ces principes que, quoique la rente viagère n'ait pas « de capital et qu'il n'y ait pas lieu à la résolution du contrat pour défaut « de service des arrérages, néanmoins ce contrat n'a rien dans sa nature,

seulement, il reste sous le coup des incapacités politiques, qui ne

« sa cause et ses effets, qui puisse le soustraire, plus que toute autre « créance, aux conséquences de la faillite du débiteur, pour toutes les exi- « gibilités postérieures au concordat, puisqu'elles ont leur source et leur « titre dans la convention qui est antérieure à la faillite..... » (Dev.-Car., 47, 1, 433).

Si au moment du contrat le créancier avait stipulé des sûretés pour le paiement des arrérages de la rente viagère, ces sûretés n'étant pas encore fournies lors du jugement déclaratif, le créancier pourrait demander la résiliation du contrat conformément à l'art. 1977 du Code Napoléon. Mais, en supposant que cette résiliation lui donne droit à une somme d'argent ou à une certaine quantité de marchandises, c'est-à-dire à une simple créance, ici encore il aura à subir la réduction consentie par le concordat.

Que décider dans l'hypothèse suivante? En 1850, D. achète un immeuble de L.; celui-ci n'ayant pas payé son propre vendeur, résolution est prononcée contre L., en 1852. En 1855, D. actionne L. en restitution de fruits, conformément à l'art. 1630 du Code Napoléon : L., qui en 1854 avait été déclaré en faillite et avait obtenu un concordat par lequel ses créanciers lui faisaient remise de 70 pour 100, prétend ne devoir à D. que 30 pour 100 sur la valeur des fruits. Cette prétention était-elle fondée? Au premier abord, on pourrait le croire, par le motif que l'éviction subie par l'acheteur constitue l'événement d'une condition, laquelle doit avoir un effet rétroactif au jour de la vente, par conséquent à une époque antérieure à la faillite du vendeur. Mais il faut bien remarquer que dans l'espèce l'action de l'acheteur avait seulement pour objet la valeur des fruits qu'il aurait gagnés sans l'éviction; or son droit à la valeur des fruits n'existait véritablement pas, ou, tout au moins, ne pouvait pas être reconnu avant le concordat, les fruits auxquels il pouvait prétendre comme acheteur ne lui ayant été contestés et refusés que depuis le concordat. En conséquence, le tribunal de Clamecy, par jugement du 7 mars 1856, condamne L. à payer à D. la totalité des sommes par lui réclamées. Et le pourvoi formé contre ce jugement est rejeté, par arrêt du 6 juillet 1857, « attendu que, si l'action en « restitution de fruits, formée par D. contre L. en 1855, avait sa cause « première dans l'arrêt de 1852 qui a prononcé la résolution de la vente « entre la dame P. et L., le droit de D. contre L. n'a été déclaré et reconnu « qu'à une époque où L., par le concordat qu'il avait obtenu, était rétabli « dans l'intégralité de ses droits; — que, jusqu'au jugement par lui obtenu, « D., étranger à l'arrêt de 1852, n'avait aucun titre de créance ni aucun « droit reconnu dont il pût se prévaloir; — que celui en vertu duquel il « agit aujourd'hui n'existait donc pas avant la déclaration de la faillite L. » (Dev.-Car., 59, 1, 704).

— La réduction, disons-nous, ne peut atteindre que les créances qui existaient déjà contre le failli au moment où a été rendu le jugement déclaratif. A plus forte raison n'atteindra-t-elle pas les créances qui n'ont jamais existé contre le failli. Ainsi, un débiteur du failli a payé entre les

cessent que par la réhabilitation (1). Pareillement, les créanciers sont relevés, en quelque sorte, de l'incapacité corrélative dont ils avaient été frappés : ils rentrent dans l'exercice de leurs actions individuelles. Mais ils ne peuvent plus agir que jusqu'à concurrence de la somme qui leur revient en vertu du concordat, et non pour celle qui leur était due primitivement : celle-ci est restreinte au dividende promis par le concordat (2).

mains des syndics la somme qu'il croyait devoir; plus tard, à un moment où le failli a été remis à la tête de ses affaires par un concordat, ce débiteur s'aperçoit qu'il a payé trop, qu'il y a une répétition à exercer : évidemment il a droit au remboursement intégral de ce qu'il a payé de trop. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu, par un arrêt du 2 janvier 1849. Comme le dit très-bien la Cour, « Si, aux termes de l'art. 516 du Code de « commerce, l'homologation du concordat le rend obligatoire pour tous « les créanciers, même non portés au bilan ou non vérifiés, ce prin- « cipe est applicable aux créanciers antérieurs à la faillite, aux créanciers « du failli, mais non à ceux dont la créance, ayant une cause postérieure à « la faillite et procédant d'un quasi-contrat avec la masse des créanciers, « constitue des droits à exercer contre cette masse..... » (Dev.-Car., 49, 1, 176).

(1) La réhabilitation est également nécessaire pour que le failli puisse se présenter à la Bourse. Voy. l'art. 613 du Code de commerce.

(2) Supposons qu'au moment où la faillite a été déclarée le failli devait 4,000 fr. à Paul, qui, de son côté, lui devait pareille somme; la dette de Paul était échue, celle du failli ne l'était pas encore. Nous savons que le dessaisissement empêche toute compensation (ci-dessus, p. 160 et 161). Mais, le dessaisissement venant à cesser par suite de l'homologation du concordat, la compensation devient possible. Pour quelle somme aura-t-elle lieu? Cela dépend du chiffre de la réduction accordée au failli ; dans notre espèce, s'il doit payer 25 pour 100, la compensation n'aura lieu que pour 1,000 fr. En effet, la compensation légale n'a lieu qu'entre dettes exigibles; or, des 4,000 fr. dus par le failli, désormais, par l'effet du concordat, il n'y en a que 1,000 qui soient exigibles. On peut invoquer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation, du 24 novembre 1841 (Dev. - Car., 42, 1, 80), et un arrêt de la Cour d'Agen, du 3 janvier 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 140).

Lorsqu'un acte du failli a été déclaré nul de plein droit, aux termes de l'art. 446, ou a été annulé, aux termes de l'art. 447, le tiers contre lequel la masse a invoqué ces articles ne pourrait pas après le concordat poursuivre contre le failli l'exécution des actes dont il s'agit, sous prétexte que, la loi ne les frappant de nullité qu'à l'égard de la masse, ils doivent être maintenus et avoir tout leur effet à l'égard du failli concordataire. Il serait par trop bizarre que les tiers qui ont été écartés, dont le droit n'a pas été

Ce n'est pas seulement en droit, c'est également en fait, que le jugement d'homologation change la position du débiteur. Il produit des effets en sens inverse de ceux qu'avait produits le jugement déclaratif : le débiteur est remis en possession de son actif. Toutefois, cette restitution n'a pas lieu dès que le jugement d'homologation est rendu, mais seulement lorsqu'il est passé en force de chose jugée. Or, pour cela il faut, s'il y a eu un appel formé, que cet appel ait été rejeté : car, de droit commun, l'appel est suspensif (1), et il devait l'être en cette matière, puisque aucun texte n'a dit le contraire. Mais s'il n'y a pas d'appel interjeté, lors même que le délai d'appel ne serait pas expiré, le jugement devrait s'exécuter : en effet, d'après le droit commun, si l'appel est suspensif, le délai d'appel ne l'est pas (2). Et cependant n'y aurait-il pas un grave inconvénient à mettre le failli en possession de son actif, avant que le jugement d'homologation fût à l'abri de toute infirmation, avant qu'il fût devenu irréfragable? S'il était ensuite infirmé, il faudrait donc revenir sur l'exécution qu'il aurait reçue par anticipation! Ce serait une complication, ce seraient des frais inutiles, qu'il est bon d'éviter. Il y a même un danger plus grave : les intérêts de la masse seraient ainsi compromis : car le débiteur, ayant été remis en possession de son actif, aurait pu en disposer, et on ne serait pas sûr de le retrouver intact.

vérifié et a même été reconnu inexistant, fussent mieux traités que les créanciers sérieux, qui se trouvent dans la nécessité de subir une perte plus ou moins considérable. D'ailleurs, permettre aux tiers à qui le tribunal a fait application des art. 446 et 447 d'exercer des poursuites contre le failli concordataire, ce serait presque toujours donner effet vis à vis de la masse à des actes qui doivent être pour elle non existants : car ce serait mettre le failli dans l'impossibilité d'exécuter les engagements qu'il a pris dans le concordat. Seulement les actes en question, s'ils sont valables dans les termes du droit commun et abstraction faite de ces art. 446 et 447, auront effet contre le failli en ce sens qu'il devra s'y soumettre et les exécuter s'il veut obtenir sa réhabilitation. Comp. M. Renouard, t. I, p. 344 et 366.

(1) Voy. l'art. 457 du Code de procédure.

(2) Cela résulte notamment, par argument *a contrario*, de l'art. 450 du Code de procédure.

Voilà pourquoi on a décidé, par l'art. 519, qui est fait spécialement pour ce cas, que le failli ne recouvrera la possession de son actif qu'après que le jugement d'homologation sera passé en force de chose jugée. Dès lors, quand même il n'y aurait pas d'appel, le rétablissement du failli dans l'administration de ses biens n'aura lieu que quinzaine après la signification du jugement d'homologation au failli et aux syndics (1).

Ce rétablissement pourra être encore retardé, au moins en partie, par le compte que les syndics auront à rendre au failli, compte qui pourra exiger de plus longs délais si l'actif est considérable, s'il est situé dans des lieux éloignés les uns des autres, etc., surtout s'il s'élève des contestations.

De quel tribunal ces contestations relèveront-elles? Sera-ce du tribunal civil ou du tribunal de commerce? On a pensé que, pour éviter des frais et pour accélérer la décision, il valait mieux qu'elles fussent portées devant la juridiction commerciale que devant la juridiction civile. On y a été déterminé par une autre raison encore : c'est que le tribunal de commerce, dont le juge-commissaire fait partie, sera mieux renseigné sur tout ce qui se rattache à ces contestations, et, par conséquent, pourra les décider en plus complète connaissance de cause (2).

J'ai encore une observation à présenter sur le rétablissement du failli à la tête de ses affaires, et c'est la plus importante. Le

(1) C'est ainsi que, quand la justice reconnaît qu'il y a lieu à radiation d'une inscription hypothécaire, le conservateur des hypothèques n'opère la radiation qu'autant que le jugement est en dernier ressort ou passé en force de chose jugée (C. Nap., art. 2157).

(2) Voici le texte complet du nouvel art. 519 : « Aussitôt après que le « jugement d'homologation sera passé en force de chose jugée, les fonctions « des syndics cesseront. — Les syndics rendront au failli leur compte dé- « finitif, en présence du juge-commissaire ; ce compte sera débattu et « arrêté. Ils remettront au failli l'universalité de ses biens, livres, papiers « et effets. Le failli en donnera décharge. Il sera dressé du tout procès- « verbal par le juge-commissaire, dont les fonctions cesseront. — En cas « de contestation, le tribunal de commerce prononcera. » Au fond, ces dispositions existaient déjà dans le Code de 1808 (art. 515); seulement, on n'avait pas exprimé que le jugement d'homologation devait être passé en force de chose jugée.

rétablissement du failli à la tête de ses affaires pourra être pur et simple ; il pourra aussi être soumis à des restrictions : car les créanciers et le failli peuvent insérer dans le concordat toutes les conditions, toutes les stipulations, qu'ils pourraient insérer dans un contrat, toutes celles qui n'ont rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs. On pourra donc convenir que le failli fournira caution, et que, s'il n'en trouve pas, il ne pourra gérer que sous la surveillance d'un ou de plusieurs commissaires choisis parmi les principaux créanciers ; on pourra même convenir que l'autorisation ou le concours de ces commissaires sera nécessaire pour certains actes. C'est à cette donnée que se rattache une espèce de concordat que les rédacteurs du Code de commerce n'avaient pas défendue, mais qu'ils avaient passée sous silence, parce que, à l'époque de la rédaction du Code, elle était fort peu usitée, si elle l'était ; je veux parler du *concordat par abandon* (1). Cette espèce de concordat diffère des concordats ordinaires, en ce qu'elle laisse l'actif entre les mains des créanciers : les créanciers ne remettent en général au failli que des objets très-précieux pour lui, mais de peu de valeur pour eux, tels que les meubles meublants, et ils demeurent nantis de tout le reste. Mais, en retour de cet abandon que le débiteur leur fait, ils lui accordent sa libération complète ; il recouvre sa capacité contractuelle et jouit de la faveur attachée au concordat.

Les concordats par abandon diffèrent donc des concordats ordinaires, en ce qu'ils ne font pas rentrer le failli en son actif ; ils l'en privent, au contraire, sans retour. Mais, quant à leur principe, quant à leur cause, quant aux formalités qui doivent les accompagner, les précéder et les suivre, ils ne diffèrent en rien des autres. En effet, cet abandon a lieu conformément au traité qui intervient, dans la forme ordinaire, entre le failli et ses créanciers ; il a lieu en vertu d'une stipulation de ce traité, d'une clause qui y est insérée (2).

(1) Il en a déjà été question ci-dessus, p. 153 et 154.

(2) Voy. la loi du 17 juillet 1856 et le commentaire que nous en donnerons plus loin.

— Je passe au troisième effet du jugement d'homologation. C'est le plus important. Il concerne les concessions faites au failli par le concordat.

Tout concordat implique des concessions en faveur du failli. En effet, si on se bornait à le rétablir purement et simplement à la tête de ses affaires, on ne ferait rien d'utile, ni pour lui, ni pour ses créanciers : car il se trouverait dans la même position qu'avant le jugement déclaratif, dans la même impuissance de s'acquitter envers ses créanciers. Il faut donc, pour rendre possible et efficace son rétablissement à la tête de ses affaires, le libérer d'une certaine partie de son passif, lui accorder au moins des délais. La plupart des concordats font remise au failli d'une proportion considérable de son passif, 50, 60, 75 pour 100 ; et c'est le plus petit nombre qui ne lui font remise que de 25 pour 100. Cependant il y a des cas, bien rares (sur sept à huit cents faillites il s'en présente chaque année un ou deux au tribunal de commerce de la Seine), où le débiteur ne demande que la remise des intérêts, — que du temps pour se libérer complétement, avec ou sans la remise des intérêts de son passif (1). C'est ce qui arrive lorsque le débiteur a plus de biens que de dettes, mais que sa fortune consiste principalement en immeubles, ou autres valeurs fort difficiles, fort lentes surtout à recouvrer, en valeurs qu'on ne peut réaliser à de bonnes conditions qu'au moyen de ventes en détail qui exigent beaucoup de temps (2).

Il y a ici une question de principe, d'une grande importance :

(1) M. Bravard semble dire que, chaque année, devant le tribunal de commerce de la Seine, il se présente sept à huit cents faillites. Ces chiffres sont aujourd'hui bien au-dessous de la réalité : je lis, en effet, dans le *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale pour* 1861, que, dans le cours de cette année, 1,252 faillites ont été terminées devant le tribunal de commerce de la Seine.

(2) Lorsque le concordat fait remise au failli d'une certaine fraction de ses dettes, on dit assez habituellement que pour cette fraction le failli reste obligé naturellement. Mais il y a ici quelque chose de plus que dans le cas de l'obligation naturelle proprement dite à laquelle se réfère l'art. 1235 du Code Napoléon. En effet, l'obligation naturelle proprement dite est celle dont le paiement est absolument laissé à la conscience de l'obligé : aucune

quel est le caractère de ces concessions? Sont-elles à titre gratuit ou à titre onéreux? volontaires ou contraintes? Du caractère qu'on leur assignera dépend la solution de plusieurs ques-

espèce de contrainte légale n'existe contre lui. Or la loi admet une certaine contrainte vis à vis du failli pour la fraction de sa dette dont le concordat lui a fait remise, puisque, tant qu'il ne l'aura pas payée, il ne pourra pas être réhabilité, il ne pourra pas, par conséquent, exercer ses droits politiques ni se présenter à la Bourse. De là résulte que, pour la fraction dont il s'agit, le failli sans doute n'est pas tenu d'une obligation civile, mais est tenu cependant un peu plus strictement que s'il y avait pure et simple obligation naturelle. Comp. M. Alauzet, t. IV, n° 1804.

En ce qui concerne le dividende que le concordataire s'oblige à payer, faut-il dire que c'est l'obligation primitive qui subsiste pour partie, ou bien faut-il au contraire y voir une obligation nouvelle résultant d'un acte essentiellement commercial appelé *concordat?* C'est une règle générale en droit que la novation ne se présume point. Pour admettre que par l'effet du concordat le droit primitif de chaque créancier se trouve éteint et qu'un droit nouveau vient s'y substituer, il faudrait donc qu'il apparût que telle est l'intention des parties; or, assurément c'est plutôt l'intention contraire qui apparaît, ne fût-ce que par les expressions qui sont constamment employées en cette matière. J'ajoute qu'il paraît bien résulter du texte de l'art. 545 que tel est aussi le point de vue du législateur lui-même. Il faut en conclure que le droit qui reste au créancier après le concordat aura toujours la même nature qu'avait son droit antérieurement au concordat, que, par exemple, la contrainte par corps qui n'était pas attachée au droit primitif ne pourra pas être exercée par le créancier qui poursuit l'exécution du concordat, et que le tribunal civil restera compétent si la créance primitive était de sa compétence. Cependant la question est débattue entre les auteurs et même dans la jurisprudence. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine qui avait condamné par corps un concordataire a été infirmé par un arrêt du 22 juin 1844, motivé, en droit, sur ce que « le concordat qui se borne à accorder au failli des termes ou la remise « d'une partie de la dette n'opère pas novation, mais laisse subsister le titre « primitif avec les effets et les voies d'exécution qui y sont attachés par la « loi; » en fait, sur ce que « la créance n'avait aucun caractère commer- « cial, et sur ce qu'il n'existe dans le concordat aucune stipulation spéciale « qui ait pu lui imprimer ce caractère » (Dev.-Car., 45, 2, 593). La Cour d'Alger reconnaît, de même (arrêt du 19 septembre 1851), que « le concor- « dat, qui se borne à accorder au débiteur une remise d'une partie de la « dette et des délais pour le paiement, n'opère pas novation, et ne saurait « changer la nature de la dette, qui est toujours restée purement civile, ni « par conséquent la compétence du tribunal qui doit en connaître..... » (Dev.-Car., 53, 2, 207).

Supposons que par le concordat un délai a été accordé au débiteur :

tions fort importantes sur lesquelles les auteurs sont loin d'être d'accord. Je me bornerai d'abord à les indiquer :

En premier lieu, lorsqu'il y a un créancier dont le paiement

nous savons que le créancier hypothécaire n'est pas soumis au concordat (ci-dessus, p. 422) et que, par conséquent, il ne sera pas tenu d'attendre l'expiration du délai. Mais si le créancier qui a un droit de préférence comme hypothécaire avait en même temps le droit d'exercer la contrainte par corps, pourrait-il avant l'expiration du délai faire emprisonner le débiteur? La raison de douter, c'est que le créancier dont il s'agit n'a point voté au concordat, et que sa créance n'a même pas été comptée pour former la majorité des trois quarts en sommes : il peut donc paraître injuste qu'on le force à subir le délai accordé par le concordat. Il faut cependant décider que ce créancier a bien le droit d'exercer des poursuites, même avant l'expiration du délai, sur le fonds qui lui est affecté, mais qu'il ne peut aucunement pendant le même délai exercer la contrainte par corps contre le failli : autrement, ce créancier, qui est en dehors de la faillite, parce qu'il pourra sans doute se payer sur le bien qui est son gage exclusif, serait maître d'empêcher au préjudice de la masse l'exécution du concordat en mettant le failli dans l'impossibilité de remplir les engagements qu'il a contractés par cet acte. Si l'on soumet au concordat les créanciers domiciliés en pays étranger et ceux dont les créances, d'abord contestées, n'ont été reconnues que postérieurement au vote, à plus forte raison doit-on y soumettre, au point de vue de l'exercice de la contrainte par corps, un créancier qui, comme celui dont nous parlons, n'a pas besoin de ce moyen pour obtenir son paiement et même probablement son paiement intégral. Les auteurs invoquent, en ce sens, un arrêt de la Cour de Bourges, rendu, après partage, le 7 mai 1852 (Dev.-Car., 53, 2, 388); mais il faut remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, le créancier, d'abord hypothécaire, se trouvait devenu purement chirographaire au moment où il aurait voulu exercer la contrainte par corps nonobstant le concordat.

Enfin on s'est demandé si le créancier envers qui le failli s'était rendu coupable de stellionat ne devait pas être maintenu dans le droit d'exercer la contrainte par corps, lors même que par suite du concordat le failli s'en trouvait affranchi d'une manière générale. M. Bédarride, qui, du reste, ne prévoit textuellement que le cas où le failli en consentant hypothèque à un de ses créanciers lui a présenté comme libres des biens qui ne l'étaient pas ou lui a déclaré des hypothèques moindres que celles qui existaient réellement, M. Bédarride enseigne (t. III, nos 977 et suiv.) que le créancier ainsi trompé, ne venant pas en ordre utile à cause des hypothèques dont l'existence lui a été cachée, pourra exercer la contrainte par corps pour arriver au paiement de ce qu'il aurait obtenu sans le stellionat. « Effectivement, dit cet auteur, l'action en stellionat n'est qu'une émanation du « droit hypothécaire. Le législateur substitue la contrainte par corps, qui « en est la conséquence, au droit de préférence que la mauvaise foi du dé-

est garanti par une caution, et que le concordat fait remise au débiteur d'une partie de la dette, de moitié, par exemple, de 50 pour 100, le créancier, qui ne peut demander que moitié au

« biteur a rendu stérile. Il se réalise dans cette circonstance, qu'on nous « permette l'expression, *un véritable déplacement de l'hypothèque*. L'effet de « celle-ci, ne pouvant plus affecter les biens, affecte la personne. D'où il « résulte que l'action en stellionat est purement hypothécaire, et ce carac- « tère suffit pour la soustraire aux effets du concordat, qui ne peut régir « que les droits mobiliers. » C'est là une pure imagination : le créancier qui, par la fraude du débiteur, n'obtient pas la collocation hypothécaire sur laquelle il pouvait compter, ce créancier pourra bien en général exercer la contrainte par corps, mais il n'en est pas moins vrai qu'il est un simple créancier chirographaire, et que la loi ne le met aucunement en dehors de la faillite comme elle y met celui qui en qualité de créancier hypothécaire peut venir utilement sur le prix de l'immeuble. Supposons qu'un tiers par sa faute ou par son dol détruise ma chose : mon droit réel de propriété s'évanouit, et, au lieu de ce droit réel, il faudra bien que je me contente désormais d'un simple droit de créance. C'est un résultat analogue qui se produit au cas de stellionat; et M. Bédarride énonce une véritable monstruosité juridique lorsqu'il affirme que *l'action en stellionat est purement hypothécaire*, car l'action hypothécaire implique essentiellement un immeuble sur le prix duquel un créancier peut venir par préférence aux autres créanciers.

Un autre auteur, M. Geoffroy (*Code pratique des faillites*, p. 344), bouleverse également le sens des mots et les principes du droit, lorsqu'il dit : « Il est une circonstance où la contrainte par corps constitue, en cas de « faillite, un privilége ou une hypothèque sur la personne du débiteur : « c'est lorsqu'elle a été prononcée en vertu d'une loi spéciale. Or il est de « principe que le concordat ne peut porter atteinte aux priviléges de ceux « qui en possèdent ni leur ôter le droit de les exercer, à moins qu'ils n'y « aient volontairement renoncé par leur vote au concordat. Il suit de là « que le créancier, porteur d'un titre auquel la contrainte par corps est « attachée en vertu d'une loi spéciale, peut mettre cette contrainte à exé- « cution contre le failli pour l'intégralité de sa créance, nonobstant la re- « mise consentie par le concordat, s'il s'est abstenu de concourir à sa for- « mation. » Cela veut dire tout simplement que les art. 2095-2113 du Code Napoléon nous donnent une idée très-fausse et une indication très-incomplète des priviléges, et qu'il faut bien se garder d'interpréter par ces articles l'art. 508 du Code de commerce! En effet, je n'aurais jamais cru, à la lecture de ces dispositions, que la contrainte par corps pût constituer quelquefois *un privilége ou une hypothèque sur la personne du débiteur*.

L'idée que le créancier qui par suite d'un stellionat n'a pas d'hypothèque utile doit être considéré comme se trouvant en dehors de la faillite, comme n'étant point soumis au concordat, cette idée, si complétement fausse à

débiteur, pourra-t-il demander le tout à la caution? Si l'on admet l'affirmative, la caution, obligée de payer le tout, aura-t-elle un recours à exercer contre le débiteur, pour ce qui excède la partie de la dette dont, d'après le concordat, le débiteur est tenu envers le créancier?

Une autre question qui se rattache à cette donnée est de savoir si la partie de la dette dont il a été fait remise au débiteur est sujette à la réduction et au rapport (1). Les auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon s'accordent, en général, à professer l'affirmative.

mon sens, a cependant été consacrée plusieurs fois par la jurisprudence. La Cour de cassation se l'appropriait le 28 juillet 1840; et, dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de Paris, du 13 novembre 1843, il est dit « que « l'action en stellionat est inhérente au titre hypothécaire, et que le con- « cordat, n'étant pas opposable aux créanciers hypothécaires, ne peut « nuire à aucun des droits résultant pour eux de leur qualité » (Dev.-Car., 44, 2, 22).

L'erreur dans laquelle sont tombés les auteurs et les arrêts n'est point partagée par M. Renouard. Ce savant magistrat s'exprime ainsi à propos de l'opinion que j'ai combattue : « Quelque favorables que soient les motifs « d'équité qui militent en faveur du créancier dont la foi a été trompée, je « ne puis me rendre à cet avis. Je comprends qu'on l'ait adopté dans le « système de jurisprudence qui, sous l'ancien Code, tolérait des exceptions « à l'universalité d'autorité du concordat; mais la loi actuelle a trop clai- « rement imposé à tous l'empire d'une condition commune pour que l'on « puisse accorder, en dédommagement, au créancier privé des effets de « son hypothèque une action exceptionnelle emportant contrainte par « corps et qui, créant des voies d'exécution que les créanciers parties au « contrat n'ont pas prévues, placerait le failli dans l'impossibilité de rem- « plir les engagements de ce traité. Ce qui est mis hors du concordat et de « la faillite, ce n'est pas la créance hypothécaire, c'est le gage hypothé- « caire. Là où manque ce gage, là où ne subsiste qu'une action, soit contre « la généralité des biens du failli, soit contre sa personne, là s'étend la loi « du concordat; et elle régit en commun tous les créanciers qui ont pour « même gage commun et les biens et les actions contre la personne. L'ac- « tion pour dol en nullité du concordat même homologué peut d'ailleurs, « suivant les circonstances, demeurer ouverte, en vertu de l'art. 518, en « faveur du créancier victime du stellionat » (t. II, p. 71).

(1) D'après les art. 843 et suiv., 913 et suiv. du Code Napoléon, ce sont seulement les donations, les libéralités, qui sont rapportables et réductibles.

Je vais reprendre et discuter successivement chacune de ces questions.

Supposons donc d'abord qu'il y a un créancier auquel il était dû, avant le jugement déclaratif, 12,000 fr., dont le paiement était garanti par une caution, et que, à la suite de la faillite du débiteur principal, il est intervenu un concordat qui lui a consenti une réduction de 50 pour 100 sur son passif. Il est clair que le créancier ne pourra plus demander au failli concordataire que 6,000 fr.; mais que pourra-t-il demander à la caution? Il semble que, le cautionnement n'étant que l'accessoire de la dette, et la dette étant réduite à 6,000 fr. par le concordat, le créancier ne peut pas demander à la caution plus qu'au débiteur principal, par conséquent plus de 6,000 fr. Tel est, en effet, le principe du droit commun, consacré par l'art. 1287 du Code Napoléon (1). Aussi, dans notre ancienne jurisprudence avait-on proposé, comme le meilleur moyen de régler les droits du créancier à l'égard de la caution, de distinguer entre le cas où le créancier aurait consenti au concordat et le cas où il n'y aurait pas consenti, ce dernier cas supposant, soit qu'il a voté contre, soit qu'il s'est abstenu de prendre part au vote. On soutenait que, quand il avait voté le concordat, le créancier devait être considéré comme ayant fait remise au failli et à la caution de ce dont le concordat avait libéré le débiteur, et on appliquait alors le principe de l'art. 1287 du Code Napoléon. On disait : « Le créancier n'aura pas plus de droit contre la caution que contre le débiteur principal, car la remise faite au débiteur libère la caution. » Au contraire, quand le créancier n'avait pas voté le concordat, et, *à fortiori,* quand il avait voté contre, on le considérait comme ayant cédé à une sorte de force majeure, qui ne pouvait pas lui être opposée par la caution, et on lui reconnaissait le droit de demander son paiement intégral (2).

(1) « La remise ou décharge conventionnelle, accordée au débiteur « principal, libère les cautions » (art. 1287, 1er alinéa).

(2) A l'appui de cette distinction, les anciens jurisconsultes ont souvent invoqué un passage de Paul, relatif au cas où il est intervenu un pacte

Mais cette distinction, à laquelle s'étaient ralliés la plupart des auteurs, était contraire aux principes de la matière; elle était en opposition avec la situation où la faillite place les créanciers. En

entre les créanciers du défunt et l'héritier qui hésitait à faire adition (voy., ci-dessus, p. 380, note 1 *in fine*). Ce passage forme, au Digeste, la L. 58 § 1 *Mandati*. Je le traduis aussi exactement que possible : « Lucius Titius « a donné un *mandator* (un répondant) à son créancier ; puis, le débiteur « étant mort, le Préteur, du consentement de la majorité des créanciers, a « décidé que les créanciers n'exigeront des héritiers qu'un dividende ; cela « s'est fait en l'absence du créancier qui a un *mandator*. Je demande, en « supposant que le *mandator* soit poursuivi, s'il aura la même exception « que l'héritier du débiteur. — J'ai répondu : Si ce créancier eût aussi lui « donné son consentement par-devant le Préteur, on l'eût considéré comme « faisant un pacte pour une cause légitime : l'exception dont il s'agit au- « rait pu appartenir au fidéjusseur et au *mandator*. Mais, puisque vous sup- « posez que le créancier était absent, il serait inique de le dépouiller de son « droit d'option, tout comme il serait inique d'enlever son gage ou son « privilége à celui qui présent eût pu s'en prévaloir et ne point s'inquiéter « du décret du Préteur. Et, en écartant le créancier, ce n'est point l'héri- « tier qu'on favorise ; c'est le *mandator* ou le fidéjusseur, qui par l'action « *mandati* n'obtiendra jamais de l'héritier que le même dividende promis « par celui-ci. Du reste, pour le cas où le créancier aurait reçu de l'héritier « le dividende, on s'est demandé s'il fallait lui permettre de poursuivre le « fidéjusseur pour le surplus ; le créancier, s'il poursuit l'héritier, doit être « considéré comme consentant au décret. »

Ce texte contient une décision parfaitement simple, parfaitement équitable. Un homme meurt insolvable ; pour décider son héritier à faire adition, la majorité des créanciers convient qu'il ne sera tenu de payer que 50 pour 100 du passif héréditaire, et le Préteur rend un décret en conséquence. Parmi les créanciers du défunt, il en est un qui avait reçu caution et qui n'a point pris part au traité conclu avec l'héritier : sans difficulté, il est lié vis à vis de l'héritier, il ne peut lui demander que 50 pour 100 ; mais ne peut-il pas demander à la caution la totalité de sa créance? Oui, dit le jurisconsulte ; son droit contre la caution n'a pas été entamé par le traité intervenu, pas plus que ne l'aurait été son droit de gage s'il en avait eu un. En d'autres termes, le créancier absent est bien présumé avoir consenti la remise à l'héritier ; mais il serait contraire aux principes de présumer qu'il a fait le pacte *in rem*, qu'il a entendu que le bénéfice pourrait en être invoqué même par la caution. Faut-il conclure de ce fragment de Paul que, si le créancier eût été présent et s'il eût été d'avis d'accorder la remise à l'héritier, par là même le bénéfice de cette remise eût été nécessairement acquis à la caution? Ce serait aller au-delà de la pensée du jurisconsulte romain, et les principes généraux mènent à dire que tout dépend de la volonté du créancier : a-t-il fait le pacte *in rem*, la caution en profitera ;

effet, quand même le créancier aurait consenti au concordat, est-ce qu'on peut voir là *une remise* dans le sens de l'art. 1287? Est-ce que le créancier a agi spontanément, librement? Non : il n'a fait que céder à la nécessité de la situation créée par le jugement déclaratif, situation dont il ne peut sortir que par le concordat ou par l'union. Il n'a donc eu qu'à opter entre ces deux solutions et terminaisons de la faillite; et, s'il a préféré la première, c'est qu'elle lui a paru moins désastreuse pour lui que la seconde : il a cru qu'il perdrait moins s'il y avait concordat que s'il y avait union. Il n'a pas eu l'intention de gratifier le débiteur, il a voulu échapper aux inconvénients de l'union. Il n'y a donc rien là qui ressemble au cas prévu par l'art. 1287 du Code Napoléon, rien qui constitue une remise telle que l'entend cet article. Le créancier, quand même il aurait voté le concordat, ne saurait donc être privé de ses droits contre la caution : car il n'a consulté que son intérêt, il n'a voulu faire aucune libéralité; or, il était de son intérêt le plus manifeste de conserver ses droits contre la caution.

D'ailleurs, et cette raison est péremptoire, pourquoi le créancier a-t-il exigé une caution, si ce n'est pour ne pas s'exposer, en cas de faillite du débiteur, à n'être pas payé intégralement? Dès lors, le priver d'une partie de ses droits contre la caution, ce serait le priver d'une garantie précisément quand il se trouve

mais l'a-t-il fait *in personam*, et certainement il lui était permis de le faire ainsi, son droit contre la caution reste intact (voy. Paul, L. 21 § 5 et L. 25 § 1 *De pactis*).

Straccha n'a donc pas compris la pensée de Paul lorsque, croyant appliquer purement et simplement la L. 58 § 1 *Mandati*, il a dit : « Le créancier qui consent au concordat renonce par là même à se faire payer intégralement par la caution. » Du reste, cette décision n'était pas unanimement suivie dans notre ancienne jurisprudence. Voy. M. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, t. IV, n° 2233. Pourtant elle se trouvait dans le projet présenté en 1834 par le Gouvernement. Voici, en effet, la disposition, assez singulièrement rédigée, que contenait ce projet : « Le créancier qui a acquiescé à un concordat dûment ho-« mologué conserve son recours pour la totalité de sa créance contre les « autres coobligés. Il le perd s'il a volontairement consenti au concordat. »

dans le cas en vue duquel il l'a stipulée ; ce serait violer le contrat intervenu entre le créancier et la caution (1).

Aussi, les auteurs de la nouvelle loi ont-ils tranché la question en ce sens, et aujourd'hui elle ne peut plus être débattue. L'art. 545, en effet, est formel. Il s'exprime ainsi : « Nonobstant « le concordat, les créanciers conservent leur action pour la to- « talité de leur créance contre les co-obligés du failli » (2).

(1) Déjà chez les Romains, on faisait valoir cette raison dans le cas où le débiteur a fait cession de biens à ses créanciers. Justinien, dans ses Institutes, après avoir dit qu'en général les exceptions qui appartiennent au débiteur principal peuvent également être invoquées par les fidéjusseurs, ajoute : « *Sanè quædam exceptiones non solent his accommodari : ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem* NISI BONIS CESSERIT; *sed hæc exceptio fidejussoribus non datur, ideò scilicet quia qui alios pro debitore obligat hoc maximè prospicit ut, cùm facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit suum consequi* » (§ 4 *De replicationibus*).

(2) Cet art. 545 a consacré la doctrine que défendaient déjà Pothier (*Oblig.*, n° 380) et Toullier (*Droit civil français*, t. VII, n° 330). M. Duranton, dans son *Traité des contrats*, avait d'abord distingué suivant que le créancier a ou n'a pas voté le concordat ; depuis il a reconnu que cette distinction n'est pas fondée en raison (*Cours de droit français*, t. XII, n° 376).

Voici comment s'exprimait M. Renouard, au nom de la première Commission de la Chambre des députés : « Le projet de loi avait essayé, pour « retenir la plus grande part possible des principes ordinaires du droit « civil, de distinguer entre les remises forcées et les remises volontaires « par concordat. A l'appui de ce système, on peut dire que le créancier, « s'il conserve son action contre les autres obligés, n'aura pas intérêt à ob- « tenir par le concordat des conditions avantageuses, puisqu'il ne sera pas « exposé aux mêmes chances de perte que les créanciers qui n'ont d'autre « obligé que le failli. Mais on répond que la remise faite par un concordat « ne saurait jamais être réputée volontaire ; qu'elle est toujours censée « faite en vue spéciale des nécessités qu'impose l'état des affaires du débi- « teur. Punir par la perte de son action le créancier qui consentirait au « concordat, et l'obliger, pour conserver l'intégralité de ses droits, à gar- « der le silence et à se contenter d'acquiescer après homologation, c'est « en réalité exclure ce créancier des délibérations. Cette exclusion, qui « peut souvent blesser gravement ses droits, conduirait dans bien des cas « à rendre tout concordat impossible..... »

Nonobstant le texte formel de l'art. 545, on a encore soutenu, sous l'empire de la loi nouvelle, et on l'a soutenu même devant la Cour de cassation, que la remise partielle faite au failli par concordat doit profiter à la cau-

Mais il reste une autre question qui n'est point tranchée expressément par la loi : la caution, quand elle aura payé au créancier ce dont le débiteur a été libéré par le concordat, n'aura-t-elle pas un recours contre ce débiteur? L'art. 545 ne s'applique pas à cet ordre de rapports, au recours de la caution, à l'action récursoire que celle-ci voudrait exercer; il ne s'applique qu'aux rapports du créancier avec le débiteur et avec la caution. Faut-il donc reconnaître à la caution un pareil recours contre le débiteur? Non : car, si elle avait un recours pour ce qu'elle a payé en sus de la fraction que le débiteur restait devoir, si elle avait un recours pour la moitié dont il lui a été fait remise ou plutôt abandon, le débiteur ne profiterait pas de la réduction qui a été consentie en sa faveur par le concordat; et sa condition ne peut pas être empirée à ce point, parce qu'il a fourni une caution (1).

tion. Bien entendu, la Cour suprême a fait justice de cette étrange réclamation. Voy. l'arrêt du 9 août 1842 (Dev.-Car., 42, 1, 845).

En définitive, on voit combien le système de la loi est différent en ce qui concerne les sûretés *réelles* et en ce qui concerne les sûretés *personnelles*. Le créancier qui a une sûreté réelle, c'est-à-dire un droit d'hypothèque, de privilége ou de nantissement, est censé y renoncer par cela seul qu'il vote au concordat; au contraire celui qui a une sûreté personnelle, la garantie résultant d'un cautionnement, la conserve intacte malgré son vote au concordat, malgré son consentement aux concessions obtenues par le failli. — Du reste, si nous supposons un créancier ayant à la fois les deux espèces de sûretés, une hypothèque et une caution, son vote au concordat lui ferait perdre l'une et l'autre. En effet, l'hypothèque étant éteinte par suite du vote au concordat, la caution serait dès lors en droit d'invoquer l'art. 2037 du Code Napoléon, lequel est ainsi conçu : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du « créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de « la caution. » Comp. M. Bédarride, t. II, n° 890.

(1) Cette idée est indiquée par le jurisconsulte Paul, dans la L. 58 § 1 *Mandati*, que j'ai expliquée un peu plus haut. La caution qui a payé la totalité de la dette recourt contre le débiteur pour le même dividende dont il est tenu envers chacun de ses créanciers; et la caution qui a payé seulement l'excédant du dividende sur le montant de la créance originaire n'a aucune espèce de recours à exercer contre le débiteur concordataire. C'est ce que remarquait déjà Cujas (*in lib.* IV *Quæst. Pauli*). Et, après lui, Pothier dit avec une justesse parfaite (*Oblig.*, n° 380) : « Le fidéjusseur qui a payé le total est, en sa qualité de

Cependant, on pourrait insister et dire : « Sans doute, la caution ne sera pas fondée à demander au failli les 6,000 fr. qu'elle a payés en sus des 6,000 dont le concordat a constitué ce failli débiteur; ne sera-t-elle pas du moins fondée à prétendre que, pour les 6,000 fr. qu'elle a payés en sus des 6,000 réservés au créancier par le concordat, elle les a payés, non pour son propre compte, mais pour le compte du failli, pour lequel elle s'est engagée en vue de lui être utile, en vue de lui rendre service, non dans son propre intérêt? Elle est donc créancière de ces 6,000 fr., et elle a le droit, comme tous les autres créanciers, de réclamer au moins un dividende proportionnel au montant de sa créance, soit 3,000 fr., puisque le dividende est de 50 pour 100. »

Au premier abord, cette prétention de la caution ne paraît pas dépourvue de fondement, en équité et même en droit, d'autant plus que, comme je viens de le dire, la caution s'est obligée gratuitement et doit être traitée avec faveur (1). Toutefois, la pré-

« créancier de cette somme pour son indemnité, obligé, aussi bien que les « autres créanciers, d'accéder au contrat d'atermoiement, et de faire sur « cette indemnité au débiteur principal les remises qui sont portées audit « contrat. » Qu'on n'objecte pas, comme paraît le faire M. Massé (t. IV, n° 2233), que le fidéjusseur n'était pas encore créancier au moment du concordat! Il est bien vrai que celui qui ne devient créancier que postérieurement au concordat n'est pas lié par ce traité (voy., ci-dessus, p. 423, note 2). Mais il est également certain que le fidéjusseur a une créance conditionnelle contre le débiteur principal dès l'instant où il cautionne celui-ci, et c'est par application de cette idée que la femme qui cautionne son mari a pour sûreté de l'indemnité à laquelle elle aura peut-être droit une hypothèque qui date, non pas seulement du jour où cette femme a payé le créancier, mais bien du jour même où elle s'est obligée pour son mari (C. Nap., art. 2135). Ainsi, dans le cas qui nous occupe, la caution avait déjà un droit de créance éventuel au moment où le débiteur a été déclaré en faillite, et, par conséquent, il est conforme aux principes de dire que cette caution, comme les autres créanciers, devra se contenter du dividende fixé par le concordat. Ce qu'il y a ici de particulier, c'est que le droit de voter au concordat appartient au créancier et non à la caution, bien que le sacrifice consenti par le concordat doive être supporté par la caution et non par le créancier.

(1) La caution ne s'oblige pas toujours gratuitement; mais, lors même

tention dont il s'agit, même réduite à ces termes, est inadmissible, non pas qu'elle soit précisément contraire à l'art. 545, mais parce qu'elle est incompatible avec un autre principe sur lequel j'aurai occasion de revenir et d'insister, le principe du dividende, qu'il me suffira d'indiquer ici.

Le dividende est calculé d'après le chiffre total de chaque créance; acquitter le dividende, c'est faire un paiement intégral, *en monnaie de faillite*. Ainsi, la créance cautionnée a figuré pour sa valeur nominale, c'est-à-dire pour 12,000 fr., dans la fixation et dans la répartition du dividende de 50 pour 100, stipulé par le concordat. C'est pourquoi le créancier a eu droit à 6,000 fr. Et si, de son côté, la caution pouvait venir réclamer un dividende de 50 pour 100, ce serait comme si la créance cautionnée figurait au passif pour 18,000 fr. Or, la circonstance que le débiteur a fourni une caution ne peut pas influer sur le chiffre de sa dette; il ne doit, ni plus, ni moins que 12,000 fr. Dès lors, quand il a payé un dividende proportionnel à ces 12,000 fr., on ne peut plus lui demander un dividende quelconque pour cette même créance; sans quoi, elle figurerait deux fois dans la faillite, ou bien elle y figurerait pour une somme plus forte que la somme à laquelle elle se monte.

Enfin, la caution ne serait pas fondée à se plaindre : car elle a pris à sa charge l'insolvabilité du débiteur, et, pour tout ce qui a été abandonné par les créanciers, il y a de la part du débiteur insolvabilité présumée (1).

Voilà comment cette question doit être résolue.

— Je passe à une autre, plus importante encore, et sur laquelle il existe de nombreux dissentiments. La somme dont le concordat a libéré le débiteur est-elle soumise au rapport et à la réduction?

Cette question revient à celle-ci : La libération consentie dans

qu'elle stipule quelque avantage en échange de l'obligation qu'elle contracte, la loi la traite toujours avec faveur (voy. notamment l'art. 2028 *in fine* du Code Napoléon).

(1) Voy. en ce sens M. Duranton, t. XII, n° 378.

le concordat en faveur du failli est-elle *à titre gratuit* ou *à titre onéreux?* A-t-elle le caractère d'une libéralité, ou bien, au contraire, celui d'un sacrifice intéressé, d'une concession à la nécessité?

Les auteurs qui ont écrit sur le droit civil sont tous d'avis qu'il y a lieu au rapport (1). Mais je crois qu'en cela ils ont méconnu les principes fondamentaux de la matière, faussement apprécié le caractère du concordat et des stipulations qu'il renferme.

Pour ne pas rester dans le vague, prenons une espèce : Supposons qu'un homme a prêté à un de ses fils, qui est commerçant, une somme de 100,000 fr., à 3 ou 4 pour 100 d'intérêt par an ; que ce fils a été déclaré en faillite, et qu'il a obtenu un concordat par lequel il lui a été fait abandon de 50 pour 100; qu'ensuite le père est mort, laissant pour héritiers avec son fils concordataire des frères et sœurs de ce dernier. Les frères et sœurs du failli pourront-ils lui demander de rapporter à la masse les 50,000 fr. dont le concordat l'a libéré?

Je l'ai déjà dit, les auteurs qui ont écrit sur le droit civil professent que le rapport est dû (2). Il leur semble qu'en dispenser le failli, ce serait violer la loi de l'égalité ; que ce serait avantager le failli d'une somme de 50,000 fr., au détriment de ses co-héritiers, puisqu'il aurait reçu du défunt 50,000 fr. dont il ne tiendrait pas compte à la succession. Mais ce système repose uniquement sur une confusion d'idées, sur l'assimilation de la libération partielle consentie par le concordat avec la remise de la dette, — confusion favorisée par l'identité des expressions dont on se sert souvent, habituellement même, pour désigner

(1) Cela n'est pas exact. Les auteurs les plus récents, notamment MM. Demante, Aubry et Rau, Demolombe, décident qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu au rapport de la somme remise par concordat, suivant une distinction que j'apprécierai dans un instant.

(2) Si, à la mort du *de cujus*, le fils débiteur ne lui a pas encore remboursé la somme dont il est resté tenu en vertu du concordat, il y aurait certainement lieu au rapport de cette somme conformément à l'art. 829 du Code Napoléon. Le doute n'est possible qu'en ce qui concerne le rapport de la fraction remise ou abandonnée au débiteur par le concordat.

l'une et l'autre : car on dit souvent qu'il a été fait remise au failli de 30, de 40, de 50 pour 100, quand on veut indiquer la libération qui lui a été accordée par le concordat. Mais, s'il y a quelque chose de commun entre ces deux sortes de dispositions, c'est seulement le nom, sous lequel on les désigne. Au fond, et en réalité, elles sont totalement différentes. En effet, il résulte des explications que j'ai données à propos des droits du créancier cautionné contre la caution, et de l'art. 545, que la libération partielle consentie par le concordat n'a pas le caractère d'une libéralité (1). Que se proposent les créanciers ? De perdre le moins possible. S'ils abandonnent une partie de leur créance, c'est pour conserver plus sûrement l'autre partie. Donc la condition essentielle du rapport, le caractère de libéralité, manque ici.

Pour s'en convaincre, il suffit de considérer les formalités qui doivent précéder, accompagner et suivre le vote du concordat :

1° Il doit être précédé de la constatation régulière de l'actif et du passif, parce qu'il est destiné à rétablir l'équilibre entre ces deux éléments constitutifs de la situation du débiteur ; ce n'est pas en considération de sa personne qu'il est voté, c'est en considération de son actif et de son passif. Si les créanciers consentent une réduction, c'est uniquement parce que sans cela le concordat ne serait pas possible.

2° Il est voté à la majorité des trois quarts en sommes et de la moitié plus un en nombre. Or, comment concevoir qu'on fasse dépendre une libéralité, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus intime, de plus personnel, d'une décision prise à la majorité par des créanciers qui n'ont jamais eu avec le failli que des rapports d'intérêt ?

3° Le concordat, une fois voté, doit être homologué par le tribunal ; et il serait tout aussi difficile de comprendre comment on exigerait pour une libéralité une semblable condition, com-

(1) Cela est reconnu même par des auteurs qui décident qu'il y a lieu au rapport de la fraction abandonnée par le concordat. Voy. notamment la dissertation de mon savant collègue M. Labbé *sur le rapport des dettes* (*Revue pratique de droit français*, t. VII, p. 487).

ment la justice serait appelée à consacrer ou à rejeter une libéralité.

Toutes les formalités qui viennent d'être rappelées sont évidemment exclusives du caractère de libéralité, et s'accordent, au contraire, parfaitement avec cette donnée que la réduction consentie par le concordat est un sacrifice intéressé, consenti ou plutôt subi par les créanciers, qui sont mus, non par le désir de gratifier le débiteur, *animo donandi*, mais par la volonté de perdre le moins possible, *animo conservandi*. C'est une transaction entre l'actif et le passif, et toutes les formalités prescrites ont pour but d'en déterminer la nécessité et l'étendue.

Enfin, voulût-on, contre toute raison, attribuer à ces concessions un caractère de libéralité, qu'on ne serait pas pour cela fondé à en induire l'obligation du rapport. Le rapport n'est dû, en effet, qu'à la succession du donateur (1) ; or, quel serait ici le donateur ? Ce ne serait certes pas le père du failli ; ce serait seulement la majorité des créanciers, puisque c'est du vote de cette majorité que dépend le concordat : le vote du père du failli est venu se confondre et se perdre en quelque sorte dans le vote collectif de la majorité, dont il est un des éléments, et le concordat n'en aurait pas été moins valable, pourvu qu'il ait obtenu l'assentiment de la majorité, quand même le père du failli n'y aurait pas consenti.

Je crois donc que c'est faute d'avoir suffisamment réfléchi aux conditions propres du concordat que des auteurs recommandables se sont prononcés pour le rapport, qui est dépourvu ici de tout fondement, qui n'est pas moins contraire à l'esprit de la loi qu'à l'ensemble de ses dispositions et à son texte (2).

(1) Voy. l'art. 850 du Code Napoléon.

(2) Je crois, avec M. Bravard, que le successible concordataire ne doit jamais rapporter à la succession du *de cujus*, son créancier, la partie de sa dette dont il a été libéré par concordat. Cette opinion se trouvera suffisamment justifiée si je parviens à réfuter les deux opinions différentes qui se sont produites :

On a prétendu, soit dans notre ancienne jurisprudence, soit de nos jours, que le rapport est toujours dû. Écoutons d'abord Pothier : « Un père a

— Un quatrième effet du jugement d'homologation, c'est de conférer aux créanciers une hypothèque sur les immeubles restitués au failli, hypothèque destinée à garantir l'exécution du con-

« prêté 12,000 livres à l'un de ses enfants, qui depuis a fait faillite et a fait « un contrat avec ses créanciers par lequel tous les créanciers, du nombre « desquels était le père, se sont restreints aux deux tiers de leurs créan- « ces, payables dans certains temps, et lui ont fait remise de l'autre « tiers. On demande si le fils doit rapporter à la succession de son père la « somme entière de 12,000 livres. La raison de douter est qu'au moyen du « contrat il n'en doit plus que 8,000, que la remise des 4,000 livres qui lui « a été faite ne doit pas être sujette à rapport, n'étant pas une vraie do- « nation que son père lui ait faite, puisque cette remise était forcée de la « part de son père, qui était obligé de suivre le grand nombre de créan- « ciers. Néanmoins il n'est pas douteux que le fils doit rapporter la somme « entière de 12,000 livres, même sans attendre les termes du contrat « d'*atermoiement :* la raison est qu'il ne peut disconvenir que cette somme « lui a été prêtée par son père, et que le rapport est dû des sommes prê- « tées également comme des sommes données » (*Successions*, Chap. IV, art. 2, § 2). Voy. aussi l'*Introd. à la coutume d'Orléans*, Titre *Des successions*, n° 78.— La même opinion est enseignée par Merlin (*Répert.*, v° *Rapport à succession*, § 2, n° 16) et par M. Duranton (t. VII, n° 310). Et M. Labbé la développe très-bien lorsqu'il dit : « Le principe du rapport des libéra- « lités ne s'applique pas, nous le concédons; mais c'est au point de vue « du rapport des dettes qu'il faut se placer. Admettons que la dette soit « absolument éteinte dans la mesure de la remise faite par le concordat : « il n'en est pas moins vrai qu'un héritier a reçu du défunt une somme, « une valeur, et que l'égalité demande que ses cohéritiers reçoivent à leur « tour une somme ou une valeur égale... Mais il n'est pas exact de dire « que le failli soit absolument libéré de la portion de ses dettes dont il a « obtenu remise dans son concordat : il en reste débiteur, aux yeux de la « loi positive elle-même, puisque cette loi subordonne la réhabilitation et « la cessation des incapacités résultant de la faillite au paiement intégral « de toutes ses dettes, sans tenir compte de la remise du concordat... Sans « doute le concordat doit être respecté, et le débiteur fidèle à ses engage- « ments ne doit pas être poursuivi; mais, s'il se présente pour lui une « occasion de se libérer sans privation d'aucun bien acquis, sans aucun « trouble apporté à ses nouvelles combinaisons, le législateur peut l'y « contraindre. Qu'il prenne moins dans la succession paternelle : cela ne « renversera pas, comme le ferait une saisie, les projets légitimes qu'il « a pu former pour le rétablissement de sa fortune » (*loc. cit.*, p. 488 et 489).

Je ne puis pas me rallier à cette doctrine. Faut-il dire, comme l'admet d'abord provisoirement M. Labbé, que la dette du successible est absolument éteinte dans la mesure de la remise faite par le concordat : alors il est

cordat. On comprend, en effet, que les créanciers qui étaient nantis de l'actif, qui étaient en possession des immeubles, n'ont pas entendu que ces biens pussent être affectés à de nouveaux

impossible d'appliquer l'art. 829 *in fine :* là où il n'y a plus dette, il ne peut pas y avoir rapport de dette. C'est exactement comme quand le *de cujus* a donné à l'un de ses successibles un corps certain et que le corps certain vient à périr par cas fortuit : il n'y a pas lieu à rapport (C. Nap., art. 855). Faut-il dire, au contraire, et cela est incontestable, que la dette subsiste à certains égards pour la partie qu'a remise le concordat ; il ne s'ensuit point qu'il y ait lieu au rapport. En effet, la loi a bien dit que le concordataire, tant qu'il n'aurait pas payé intégralement, ne pourrait pas être réhabilité et resterait frappé de certaines incapacités; mais elle a entendu le laisser libre, en définitive, de payer ou de ne pas payer la partie remise par le concordat : la réhabilitation arrivera comme récompense d'un paiement volontaire et non d'un paiement forcé. Dans la doctrine que je repousse, le paiement a lieu malgré le débiteur, il a lieu forcément; seulement il n'y a pas besoin d'une saisie pour l'obtenir. C'est donner à l'obligation très-imparfaite qui subsiste après le concordat une puissance que le législateur ne lui a donnée nulle part ; c'est ajouter à la loi. D'ailleurs, supposons que le succes sible qui devait 100,000 fr. au *de cujus* et qui par concordat a obtenu remise de 50 pour 100, supposons qu'il ait droit dans la succession à 45,000 fr. seulement : si le rapport des 50,000 fr. remis doit avoir lieu, il n'aura pas lieu qu'en moins prenant; il aura lieu, pour une certaine part, même par voie de saisie. Dire que le rapport d'une dette n'aura lieu que pour une partie de la dette, c'est évidemment arbitraire : il répugne aux principes généraux du droit que ce rapport ne soit dû qu'à la condition de pouvoir se faire en moins prenant (comp. M. Demolombe, *Traité des successions*, t. IV, n° 461 *bis*). Mais, d'un autre côté, dire que ceux à qui le rapport est dû pourront l'exiger même par voie de saisie, c'est mettre à néant le concordat. Les adversaires se trouvent donc ici dans une impasse : il faut qu'ils choisissent entre deux solutions dont l'une est manifestement impossible et l'autre est tout au moins très-bizarre.

Au surplus, l'opinion que je viens de combattre n'est pas celle qui paraît prévaloir aujourd'hui dans la jurisprudence et dans la doctrine. Aujourd'hui on admet généralement que, si le successible était débiteur du *de cujus* par suite d'un acte à titre onéreux, ainsi par suite d'un prêt à intérêt ou d'une vente, il n'y aura pas lieu à rapport pour la partie de sa dette dont ce successible a obtenu remise par son concordat. Mais on décide autrement dans le cas où la dette du successible provenait d'un contrat de bienfaisance, provenait d'un acte gratuit de la part du *de cujus*, par exemple d'un prêt sans intérêt: en cas pareil, on décide que le débiteur qui a reçu du *de cujus* un service purement gratuit devra rapporter même la partie de sa dette dont remise lui a été faite par le concordat. Voy. en ce sens les arrêts de la Cour de cassation des 22 août 1842, 2 janvier et 17 avril 1850

créanciers ou transmis à des tiers-acquéreurs avant que les conditions sous lesquelles ils ont consenti à les rendre au failli n'aient été remplies. Ainsi entendue, cette hypothèque est par-

(Dev.-Car., 44, 1, 186; 50, 1, 510), ainsi que MM. Demante (*Cours analytique*, t. III, n° 187 *bis*, XII), Aubry et Rau (t. v, § 631, note 19) et Demolombe (*Traité des successions*, t. IV, n° 384). Je me trompe sans doute, puisque je suis en désaccord avec les plus savants magistrats, avec les jurisconsultes pour qui je professe le plus grand respect; mais de plus en plus je me fortifie dans l'opinion que la distinction qui vient d'être indiquée ne repose sur aucun motif sérieux et qu'elle est même incompatible avec les dispositions de la loi. En effet, d'après le Code Napoléon, que doit rapporter l'héritier qui arrive à une succession avec d'autres? Il doit rapporter deux choses, savoir : 1° le montant des dettes dont il était tenu envers le *de cujus*; 2° les valeurs qui lui ont été données par le *de cujus*. Si l'on admet que malgré le concordat qui lui a fait remise de 50 pour 100 le successible est resté débiteur de la totalité de ce qu'il devait au *de cujus*, il faut dire qu'il devra rapporter cette totalité, sans distinguer si la dette a son origine dans un acte à titre onéreux ou dans un acte gratuit de la part du *de cujus*. Si on laisse de côté l'art. 829 (rapport des dettes) pour s'en tenir à l'art. 843 (rapport des donations), alors il faut dire que celui à qui le *de cujus* a compté une somme de 100,000 fr. à titre de prêt gratuit n'a pas reçu donation d'une valeur de 100,000 fr., qu'il a reçu donation tout au plus d'une valeur égale au bénéfice que lui a procuré l'usage des 100,000 fr., que par conséquent pour les 50,000 dont remise lui a été faite par le concordat le rapport doit être purement et simplement de la valeur de cet usage. Il faut nécessairement choisir entre ces deux points de vue ; et, du moment qu'on admet un rapport qui est en dehors de ces deux données, on se livre à l'arbitraire, on imagine une espèce de rapport que la loi ne reconnaît pas. — Je suppose, bien entendu, qu'il n'y a pas eu de la part du *de cujus*, sous l'apparence d'un prêt gratuit, une véritable donation du capital. Le *de cujus* a compté à l'un de ses successibles une somme de 100,000 fr.; il a dit qu'il la lui prêtait sans intérêt, mais au fond il entendait la lui donner, il renonçait à la faculté de jamais en demander le remboursement : en cas pareil, le concordat n'a aucun sens et ne peut avoir aucun effet vis à vis du *de cujus* qui n'est pas créancier, et le successible devra comme donataire le rapport des 100,000 fr. Mais là où il y a eu un véritable prêt, là où le *de cujus* a entendu recouvrer un jour le capital, peu importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas stipulé des intérêts : dans un cas comme dans l'autre, il faut nécessairement dire que le successible ne doit pas rapporter la partie que le concordat l'a dispensé de payer, attendu que pour cette partie il n'a jamais été donataire et il a cessé d'être débiteur du *de cujus*.

— La remise consentie à un failli dans un concordat ne peut pas être considérée comme une libéralité faite par les différents créanciers qui ont signé ou subi le concordat. En conséquence, lorsqu'un de ces créanciers

faitement rationnelle. Mais elle ne peut exister qu'autant que la faillite se termine par le concordat. Aussi l'art. 517 nouveau, qui a introduit cette hypothèque, — car elle n'existait pas dans le Code de 1808, — est-il placé sous la rubrique *Des effets du concordat* (1). C'est donc là une des conséquences du concordat; et, quand il n'y a pas de concordat, il ne saurait y avoir d'hypothèque au profit des créanciers.

On a cependant prétendu le contraire : on a soutenu que l'inscription prise par les syndics dès le début de la faillite assure aux créanciers une hypothèque sur les biens compris dans la faillite, alors même qu'il n'interviendrait pas de concordat. Mais, indépendamment de l'argument tiré de l'art. 517, il y en a un autre à tirer, contre cette doctrine, de l'art. 490, qui ne qualifie pas cette inscription comme étant l'inscription d'une hypothèque. Ajoutons qu'une pareille hypothèque serait sans objet : car elle ne saurait produire ni droit de préférence, puisque le débiteur, étant dessaisi, ne peut contracter de nouvelles dettes au préjudice de la masse (2), ni droit de suite, puisque le débiteur,

meurt laissant des héritiers à réserve, on ne devra pas, pour déterminer le chiffre de la quotité disponible, réunir à la masse le montant de la somme dont la créance du *de cujus* s'est trouvée diminuée par suite du concordat; on ne devra pas davantage permettre aux réservataires de faire réduire contre le failli le chiffre de cette somme qu'il a été dispensé de payer au *de cujus*.

(1) M. Bravard commet ici une erreur : ce n'est point la loi de 1838 qui a introduit l'hypothèque dont il s'agit. Déjà dans le Code de 1808, dans la Section *Du concordat*, il y avait un art. 524, ainsi conçu : « Le traité sera « homologué dans la huitaine du jugement sur les oppositions. L'homolo- « gation le rendra obligatoire pour tous les créanciers, et conservera l'hy- « pothèque à chacun d'eux sur les immeubles du failli; à cet effet, les « syndics seront tenus de faire inscrire aux hypothèques le jugement d'ho- « mologation, à moins qu'il n'y ait été dérogé par le concordat. » Le nouvel art. 517 se borne à reproduire, en termes plus corrects, cette dernière disposition; il contient, de plus, un renvoi à l'art. 490, article qui a déjà été expliqué ci-dessus (p. 308 et suiv.). Comme nous le verrons un peu plus loin, la jurisprudence attache à ce renvoi une importance capitale.

(2) Je ne puis pas admettre complétement ce que dit ici M. Bravard. Nous savons que certaines actions peuvent être intentées contre le failli en personne et non contre ses syndics (voy. ci-dessus, p. 121). Supposons

par la même raison, ne peut consentir des aliénations. De plus, il va de soi qu'elle ne saurait faire passer certains créanciers de la faillite avant les autres, puisqu'elle est prise au nom de la masse, c'est-à-dire au nom de tous les créanciers. Elle serait donc sans objet tant que dure le dessaisissement; elle ne peut trouver d'application qu'autant qu'il cesse et qu'il cesse par le concordat.

On a prétendu que l'hypothèque pourrait trouver son application dans le cas même où la faillite se terminerait par l'union, en ce sens qu'elle frapperait sur les immeubles que le failli viendrait à acquérir depuis la dissolution de l'union, et qu'elle assurerait sur ces immeubles un droit de préférence aux créanciers de la faillite par rapport aux créanciers postérieurs (1). Mais, outre

qu'une action de ce genre ait été intentée et que le demandeur ait obtenu condamnation : il acquiert une hypothèque judiciaire sur les biens présents et à venir du failli; mais il sera primé par la masse de la faillite si l'inscription prescrite par l'art. 490 a déjà été prise quand lui-même vient s'inscrire. De plus, on a jugé que, si le failli recueille une succession, la masse de ses créanciers primera sur les biens héréditaires les créanciers et légataires du défunt, à la double condition : 1° que les syndics se soient inscrits avant les créanciers et légataires du défunt; 2° que ceux-ci aient laissé passer sans s'inscrire six mois à dater de la mort du défunt (voy. C. Nap., art. 2111 et 2113). Comp., ci-dessus, p. 288 et 289, note, et p. 310, note 1.

(1) Dans les *considérants* d'un jugement du tribunal de Châlon-sur-Saône, du 12 mars 1862, il est dit « que, si, sous l'empire de l'ancien Code « de commerce, la doctrine et la jurisprudence admettaient généralement « que l'inscription prise par le syndic immédiatement après la déclaration « de faillite ne conférait aucun droit hypothécaire, il ne doit plus en être « de même aujourd'hui avec les éléments de décision apportés par l'arti- « cle 517 du nouveau Code de commerce; — Que cet article, qui révèle la « véritable pensée du législateur, porte que l'homologation du concordat « *conserve* à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, l'hypothè- « que inscrite en vertu de l'art. 490; — Qu'il résulte de cette rédaction « que le législateur admet implicitement et nécessairement l'existence préa- « lable de l'hypothèque, puisqu'il se sert du mot *conserver*, mot qui ne « pourrait pas s'expliquer si l'hypothèque n'existait pas déjà; — Que « d'ailleurs cette interprétation est conforme aux principes généraux du « droit et à l'économie de la loi en matière de faillite : que, d'une part, en « effet, il est de principe qu'une inscription prise en vertu d'une disposi- « tion de loi doit avoir pour effet de conférer aux créanciers qui l'ont re-

que ce droit de préférence serait fort difficile à justifier, une pareille extension donnée à l'hypothèque introduite par l'art. 517 serait contraire et à cet art. 517 et à l'art. 490 lui-même. En effet, aux termes de ce dernier article, si les syndics sont tenus de prendre inscription, c'est seulement *sur les immeubles du failli dont ils connaissent l'existence :* par conséquent, cette hypothèque ne frappe que sur les immeubles présents et non sur les immeubles futurs (1). Elle se rattache à l'idée que les créanciers n'ont voulu se dessaisir de leur gage que sous cette affectation.

« quise un droit hypothécaire; que, d'autre part, le failli est dessaisi pen-
« dant la durée de la faillite de l'administration de ses biens, qu'il ne peut
« plus consentir d'affectation hypothécaire, que le sort de la masse des
« créanciers chirographaires est définitivement fixé ; — Que, comme con-
« séquence de ces principes, le législateur a dû vouloir attacher un effet
« hypothécaire à l'inscription prise par le syndic de la faillite en vertu de
« l'art. 490, afin de conserver l'égalité de situation entre les créanciers
« chirographaires, et de ne pas leur imposer la nécessité, pour sauvegar-
« der leurs droits, dans le cas notamment de clôture de la faillite par la dis-
« solution de l'union, de poursuivre individuellement le failli et de pren-
« dre successivement des inscriptions d'hypothèques judiciaires ; — Qu'il
« suit de là que l'inscription prise le 9 août 1858 par le syndic de la faillite
« R. a conféré un droit hypothécaire à tous les créanciers de la masse;
« que ce droit hypothécaire, créé par la loi, doit porter, comme toutes
« les hypothèques légales, sur les biens présents et à venir du débi-
« teur..... »

Sur l'appel, la Cour de Dijon, par un arrêt du 5 août 1862, a confirmé ce jugement, en adoptant les motifs des premiers juges. Seulement, la Cour déclare « qu'ils ont donné à l'hypothèque prise par le syndic en « vertu de l'art. 490 la qualification de *légale*, et que c'est nécessairement « une hypothèque *judiciaire*, puisqu'elle est prise par suite du jugement « qui a déclaré la faillite et en vertu de celui qui a nommé le syndic » (Dev.-Car., 62, 2, 544). Je crois, avec M. Bravard (ci-dessus, p. 309) qu'on ne peut pas voir là une hypothèque judiciaire, puisqu'il n'y a pas un jugement de condamnation.

(1) Cette objection de M. Bravard ne prouve rien. Supposons que j'ai une hypothèque judiciaire : je vais prendre inscription au bureau de l'arrondissement où mon débiteur a déjà un immeuble, et, aux termes de l'art. 2148 *in fine* du Code Napoléon, cette inscription frappera les immeubles qui pourront lui advenir par la suite dans le même arrondissement. De même, les syndics prennent inscription là où ils savent que le failli a des immeubles, et, si par la suite il en acquiert d'autres dans le même arrondissement, ils seront atteints par cette inscription.

Cette hypothèque est soumise à une double formalité, à une double inscription : 1° à l'inscription que les syndics sont tenus de prendre dès les premiers moments de la faillite ; 2° à l'inscription, ou plutôt à la transcription du jugement d'homologation, car on n'inscrit pas ce jugement, on le transcrit. Nouvelle preuve que la première inscription, sans la seconde, ne saurait produire d'hypothèque ; la première inscription n'est jamais qu'un moyen de plus de donner publicité au jugement déclaratif de faillite. Mais quand le jugement d'homologation aura été transcrit, pour assurer plus efficacement les droits des créanciers contre toutes les aliénations, obligations ou constitutions d'hypothèque, que pourrait faire le débiteur après le concordat, les auteurs de la loi de 1838 ont voulu que l'hypothèque de la masse prît rang du jour de la première inscription (1).

Il me reste une dernière observation à faire sur cette hypothèque ; c'est qu'elle n'a pas, à beaucoup près, dans la pratique l'importance qu'elle paraît présenter en théorie : elle se rencontre très-rarement. La raison en est simple : dans les petites faillites, il n'y a pas d'immeubles, et dans les grandes il est bien rare que les immeubles ne soient pas, avant le jugement déclaratif, grevés pour des sommes qui en absorbent la valeur; — de sorte que cette hypothèque des créanciers concordataires n'a pas

(1) Je suis disposé à croire, avec la jurisprudence, que l'inscription prise en vertu de l'art. 490 est suffisante pour conférer aux créanciers de la faillite un droit hypothécaire sur les immeubles que le failli peut acquérir après la dissolution de l'union. Dans le cas où la faillite se termine par un concordat, l'hypothèque sur les immeubles présents et à venir du failli concordataire suppose, de plus, qu'il y a eu transcription du jugement d'homologation : cette transcription fera connaître au public le chiffre du dividende au paiement duquel les immeubles sont affectés. Il y a ici quelque chose d'analogue à ce que la loi civile exige pour la conservation du privilége des architectes et entrepreneurs (C. Nap., art. 2110). Et, de même que la loi civile ne fixe pas un délai dans lequel doive être inscrit le deuxième procès-verbal, de même la loi commerciale ne fixe pas un délai dans lequel doive être transcrit le jugement d'homologation.

L'opinion de M. Bravard sur l'art. 490 est également enseignée par M. Bédarride (t. II, nos 599 et 600).

d'assiette. C'est pourquoi les créanciers y renoncent presque toujours dans le concordat, et l'art. 517 lui-même les y autorise, ce qui est une nouvelle preuve de cette idée que l'hypothèque dont il s'agit se rattache intimement au concordat, n'a d'autre objet que d'en assurer l'exécution, et ne peut exister en cas d'union (1).

Pour terminer l'explication des effets du concordat, je n'ai plus qu'un dernier point à examiner.

Le concordat dûment homologué ne produit-il pas un cinquième effet? N'affranchit-il pas le failli des poursuites en banqueroute simple? On pourrait induire l'affirmative, par un argument *a contrario* de l'art. 521, qui s'exprime ainsi : « Lorsque, « après l'homologation du concordat, le failli sera poursuivi « pour banqueroute frauduleuse et placé sous mandat de dépôt « ou d'arrêt (2), le tribunal de commerce pourra prescrire telles « mesures conservatoires qu'il appartiendra (3). Ces mesures ces-

(1) On comprend très-bien que les créanciers qui accordent au failli un concordat renoncent à leur hypothèque : elle pourrait nuire à son crédit et l'empêcher d'exécuter le concordat. Au contraire, là où il n'y a pas de concordat, les créanciers n'ont aucun motif du même genre pour renoncer au droit que leur attribue l'art. 490.

L'hypothèque existe, aux termes de l'art. 517, sur les biens présents et à venir du failli concordataire, par cela seul que le contraire n'a pas été dit dans le concordat. Mais cette règle ne s'applique pas au tiers qui intervient dans le concordat pour cautionner les engagements du failli; je crois même qu'une clause expresse du concordat ne suffirait pas pour grever d'hypothèque les biens du tiers. Telle n'est pourtant pas l'opinion de M. Bédarride (t. II, n° 607).

(2) En 1838, un député proposa de supprimer ces mots « *et placé sous mandat de dépôt ou d'arrêt.* »En effet, il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer également la disposition de l'article lorsque le failli est en fuite et qu'un *mandat d'amener* a été décerné contre lui. Aussi voyons-nous dans le *Moniteur* du 5 avril que l'amendement dont il s'agit fut adopté par la Chambre. Et néanmoins la rédaction primitive a été maintenue, probablement par oubli.

(3) Ces mesures consistent habituellement à ordonner que les biens, livres et papiers du failli seront provisoirement placés sous le séquestre et à nommer un administrateur. — Le ministère public donne avis au tribu-

« seront de plein droit, du jour de la déclaration qu'il n'y a lieu « à suivre, de l'ordonnance d'acquittement ou de l'arrêt d'abso- « lution. »

Mais, d'une part, si l'on veut prendre cet article à la lettre, la seule conséquence qu'il soit permis d'en tirer, c'est que les mesures conservatoires dont il parle ne pourraient pas être prises en cas de poursuites pour banqueroute simple. D'autre part, il faut bien remarquer que l'article en question a été emprunté à un projet de loi qui consacrait, en effet, la différence indiquée entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse, à un projet de loi qui ne permettait plus, après l'homologation du concordat, de poursuivre le failli en banqueroute simple; mais ce système était contraire au principe que l'action publique ne peut être paralysée par des conventions privées : aussi a-t-il été, en définitive, rejeté. Nous ne devons donc voir dans l'article 521 qu'un vestige d'un système erroné et qui a été écarté (1).

Il faut, du reste, je crois, appliquer les mesures conservatoires dont il est parlé dans cet art. 521, aussi bien au cas de

nal de commerce des poursuites exercées contre le failli, et alors le tribunal prescrit d'office les mesures dont il s'agit. Chaque créancier a, du reste, le droit de présenter requête au tribunal, à l'effet de provoquer lesdites mesures. Voy. M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 884.

(1) Le premier projet du Gouvernement, adopté en 1835 par la Chambre des députés, contenait un art. 519, ainsi conçu : « Aucune action en nullité « du concordat, pour quelque cause que ce soit, ne sera recevable après « l'homologation. — A dater de l'homologation, aucune action en banque- « route simple ne pourra plus être intentée. » De ces deux dispositions, nous verrons un peu plus loin ce qu'est devenue la première. Quant à la deuxième, c'est seulement dans la dernière discussion à la Chambre des députés qu'elle fut attaquée. Le ministre de la justice (M. Barthe) se réunit aux députés qui en demandaient la suppression : il fit valoir surtout la considération d'ordre public qui s'oppose à ce que l'impunité des banqueroutiers soit rendue trop facile. La Chambre vota la suppression, de sorte qu'aujourd'hui le failli dont le concordat a été homologué peut encore être poursuivi comme banqueroutier simple, tant que la prescription de l'action n'est pas acquise conformément au Code d'instruction criminelle (art. 638).

poursuites en banqueroute simple qu'à celui de poursuites en banqueroute frauduleuse. En effet, il y a même raison dans les deux cas; et, si l'art. 521 n'a parlé que du cas de poursuites en banqueroute frauduleuse, c'est uniquement parce que, dans le système auquel se rattachait cette disposition, le failli ne pouvait plus être, après l'homologation du concordat, poursuivi en banqueroute simple. Sans cela, on aurait certainement donné la même décision pour le cas de poursuite en banqueroute simple (1).

§ IV. DE L'ANNULATION OU DE LA RÉSOLUTION DU CONCORDAT.

Les causes d'annulation et de résolution du concordat font dans la loi l'objet d'un paragraphe qui est entièrement nouveau. Du reste, ce paragraphe comprend, non-seulement le cas d'annulation et celui de résolution du concordat, mais encore celui de seconde faillite : il y a donc une omission dans l'intitulé de ce paragraphe.

(1) Je crois, de même, que, si le failli concordataire poursuivi comme banqueroutier frauduleux est condamné seulement comme coupable de banqueroute simple, les mesures conservatoires ordonnées par le tribunal de commerce subsisteront tant qu'il subira la peine d'emprisonnement. Notre art. 521 *in fine* est évidemment en ce sens : car, aux termes de cet article, les mesures conservatoires ne cessent qu'autant qu'il est intervenu une déclaration qu'il n'y a lieu à suivre, une ordonnance d'acquittement ou un arrêt d'absolution. M. Bédarride ajoute aux trois cas prévus par le texte le cas de condamnation pour banqueroute simple (t. II, n° 654). Mais en cela il se met en contradiction avec ce que lui-même a enseigné un peu plus haut. En effet, au n° 649, il dit très-bien : « L'intervention de l'auto-« rité une fois réalisée, la liberté du failli se trouve compromise, et, avec « la perte de celle-ci, naît la nécessité de s'assurer de l'administration des « biens dans l'intérêt des créanciers. » M. Bédarride invoque l'esprit de l'art. 521 pour prétendre qu'il y a lieu aux mesures conservatoires, en cas de *mandat d'amener;* moi, j'invoque à la fois l'esprit et le texte du même article pour prétendre qu'il y a lieu au maintien de ces mesures quand le failli accusé du crime de banqueroute frauduleuse a été reconnu coupable du délit de banqueroute simple.

Commençons par le cas d'*annulation*.

L'ancien texte du Code avait gardé le silence le plus absolu tant sur la résolution que sur l'annulation du concordat ; et l'on en concluait qu'après l'homologation, le concordat ne pouvait être ni annulé ni résolu. On tirait encore la même conséquence de ce que ce traité est soumis à des formes solennelles, dont l'accomplissement semblait devoir en garantir la stabilité, et exclure toute action en nullité ou en résolution. En troisième lieu, on argumentait en ce sens, de ce que l'homologation est donnée sous forme de jugement : on disait que, quand le jugement d'homologation avait acquis l'autorité de la chose jugée, le concordat lui-même empruntait quelque chose de cette autorité, qui est la plus irréfragable de toutes, et qu'il ne pouvait être sous aucun prétexte remis en question (1).

Ces considérations étaient graves, sans doute, et le législateur ne pouvait pas n'en pas tenir compte : il devait, s'il admettait les actions en nullité ou en résolution, les restreindre dans leurs causes et les limiter rigoureusement dans leurs conséquences. C'est aussi ce qu'il a fait. Ainsi l'art. 518 pose en règle générale, en principe, qu'aucune action en nullité n'est recevable après l'homologation du concordat. Il n'admet à cette règle qu'une exception, une seule, pour le cas où le concordat a été faussé dans sa base, vicié dans sa source, par la dissimulation de l'actif ou par l'exagération du passif (2).

(1) Néanmoins, déjà sous l'empire du Code de 1808, la jurisprudence avait, plus d'une fois, prononcé l'annulation ou la résolution de concordats homologués. Voy. M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n°s 856, 857 et 858; voy. aussi la note suivante).

(2) Nous savons déjà que, d'après le premier projet du Gouvernement, projet adopté en 1835 par la Chambre des députés, aucune action en nullité du concordat n'était recevable après l'homologation. M. Renouard, au nom de la première Commission de la Chambre, justifiait cette règle absolue en disant qu'on se plaignait avec raison, sous l'empire du Code, que trop de voies ouvertes à des recours indirects permettaient de tout remettre en question lorsque tout paraissait définitivement consommé. La première Commission de la Chambre des pairs proposa, mais inutilement, d'admettre l'action en nullité pour cause de dol découvert depuis l'homologation. Le second pro-

Le concordat ne peut donc pas être attaqué pour les mêmes causes que les contrats en général, pour cause de violence, d'erreur ou de dol. On a eu tort, dans l'art. 518, de se servir de cette expression *dol* : car il ne s'agit pas là d'un dol proprement dit, mais d'un genre particulier de fraude qui constitue le crime de banqueroute frauduleuse, et qui peut donner lieu à une poursuite criminelle en même temps qu'à une action en nullité du concordat. Sans doute il est permis aux créanciers concordataires de porter plainte en banqueroute frauduleuse et de se constituer parties civiles devant la Cour d'assises; mais on ne pouvait pas leur en imposer l'obligation, car ils ne poursuivent, eux, qu'une satisfaction pécuniaire : tout ce qu'ils demandent, c'est la réparation du préjudice résultant pour eux d'un concordat que, par suite de la fraude commise par le failli, ils n'ont pu voter en connaissance de cause.

Si le failli est poursuivi par le ministère public pour banqueroute frauduleuse, et qu'il soit condamné, la condamnation emportera de plein droit l'annulation du concordat : car la qualité de banqueroutier frauduleux est exclusive de tout concordat (1). Mais, lors même qu'il n'y aurait pas de poursuites inten-

jet du Gouvernement maintint la règle posée dans le projet primitif : d'après l'*Exposé des motifs*, « s'il a été fait une véritable fraude aux droits « de la masse par la dissimulation d'une partie de l'actif, il existe un moyen « d'obtenir justice, c'est de porter plainte en banqueroute frauduleuse. » Cependant la seconde Commission de la Chambre des pairs reproduisit l'amendement de la première : « Le discours du Gouvernement fait obser- « ver, dit le rapport, que les créanciers pourront recourir à la plainte et à « la poursuite en banqueroute frauduleuse. L'expérience atteste la fragi- « lité de ce recours : soit difficulté de dissiper les nuages dont les débiteurs « ont soin d'envelopper leurs opérations, soit faiblesse ou indulgence du « jury, peu de condamnations ont été prononcées pour des crimes de cette « nature.... » M. Ginod de l'Ain présenta un amendement auquel le Gouvernement adhéra et qui est devenu l'art. 518 de la loi.

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 520. — Il est bien entendu que, pour qu'il y ait annulation du concordat par suite de la condamnation du failli comme banqueroutier frauduleux, il n'est point nécessaire que les créanciers se soient portés parties civiles : en effet, il y a une sorte d'intérêt d'ordre public à ce que le concordat ne subsiste pas.

tées en banqueroute frauduleuse, chaque créancier n'en aurait pas moins le droit, aux termes de l'art. 518, de poursuivre directement l'annulation du concordat, comme reposant sur une fausse base (1).

Devant quelle juridiction cette action sera-t-elle portée? sera-ce devant la juridiction civile ou devant la juridiction commerciale? On pourrait hésiter. Il semble même, au premier abord, que la juridiction civile est seule compétente : car l'homologation a mis fin à l'état de faillite, et dès lors a fait cesser la compétence exceptionnelle qui en résulte. Mais on s'est déterminé pour la juridiction commerciale, et cela pour deux raisons : d'une part, la juridiction commerciale procédera avec plus de célérité et d'économie, et, en même temps, elle prononcera avec plus de connaissance de cause, puisqu'elle pourra se renseigner auprès du juge-commissaire, et que d'ailleurs elle est déjà initiée à la connaissance de la faillite : effectivement, c'est devant cette juridiction qu'ont dû être portés tous les incidents que la faillite a fait naître, le tribunal de commerce étant véritablement le tribunal de la faillite. D'autre part, la juridiction commerciale devait être préférée ici à la juridiction civile par une raison spéciale et déterminante, par cette raison que l'annulation du concordat implique certaines mesures qui doivent être prises immédiatement et que le tribunal de commerce est seul compétent pour prendre : telle est la nomination d'un juge-commissaire et de syndics. Si donc on avait porté l'action en nullité devant la juridiction civile, il aurait fallu revenir immédiatement devant le tribunal de commerce. Mieux valait attribuer la connaissance de ces sortes d'actions au tribunal de commerce, et décider que, par le jugement même prononçant l'annulation, il nommerait un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics. C'est aussi le parti auquel se sont arrêtés les auteurs de la nouvelle loi (2).

(1) *Chaque créancier*, non-seulement parmi ceux qui ont pris part au vote du concordat, mais parmi tous ceux pour qui ce concordat était obligatoire.

(2) A cet égard, le 1er alinéa de l'art. 522 s'exprime en termes qui, sous

L'action en nullité, dont aucun article du Code de commerce n'a spécialement fixé la durée, est limitée à dix ans. En effet, aux termes de l'art. 1304 du Code Napoléon, les actions en nullité ou en rescision sont en général restreintes à ce délai : puisqu'on n'y a pas dérogé en en fixant un autre pour les actions en nullité du concordat, l'art. 1304 est aussi bien applicable à ces actions qu'à toutes les autres (1).

— Occupons-nous maintenant des effets de l'annulation du concordat. Nous avons à étudier ici les mesures et les formalités qui sont la suite de cette annulation, ainsi que les droits des divers intéressés.

Commençons par les mesures que rend nécessaires l'annulation du concordat.

Le failli étant replacé sous le coup du dessaisissement, il y a évidemment nécessité de nommer un ou plusieurs syndics, et un juge-commissaire. Aussi l'art. 522 dit-il, dans son premier alinéa, que, par le jugement qui prononce l'annulation du concordat, ou sur le vu de l'arrêt de condamnation pour banqueroute frauduleuse, le tribunal nommera un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics.

Quant aux formalités, on ne recommencera pas toutes celles qui ont été remplies. Les créanciers et le failli se retrouveront dans la situation où ils étaient avant le vote du concordat : on ne procédera pas à une nouvelle vérification des créances, à un nouvel inventaire, à un nouveau bilan; on se bornera à faire un supplément d'inventaire, un supplément de bilan et un supplément de vérification, s'il y a de nouveaux créanciers et un actif nouveau. Quant aux créances déjà vérifiées et affirmées, on

le rapport de la clarté, ne laissent rien à désirer : « Sur le vu de l'arrêt de « condamnation pour banqueroute frauduleuse, ou par le jugement qui « prononcera soit l'annulation, soit la résolution du concordat, le tribunal « de commerce nommera un juge-commissaire et un ou plusieurs syn- « dics. »

(1) D'après l'art. 1304 lui-même, les dix ans ne courent que du jour où le dol a été découvert.

les rejettera ou on les réduira si elles ont été payées en tout ou en partie (1).

Mais pour les créanciers nouveaux il faudra procéder comme on le fait en général pour la vérification des créances : il faudra les avertir, par lettres missives et par insertions dans les journaux, de produire leurs titres; on leur donnera un délai de vingt jours, et, à l'expiration de ce délai, il sera procédé dans la forme ordinaire à la vérification et ensuite à l'affirmation (2).

Passons maintenant aux effets de l'homologation et aux effets de l'annulation quant aux droits des créanciers. Il y a ici deux principes qu'il faudra appliquer séparément :

Il y a d'abord le principe qu'un traité nul dans sa cause, vicié

(1) Voy. le 2e alinéa de l'art. 523. Pour les créances anciennes qui avaient été contestées et sur lesquelles il n'a pas encore été statué au moment où le concordat est annulé, la procédure suivra son cours.

(2) J'ai déjà donné le texte du 1er alinéa de l'art. 522. Voici la suite de cet article : « Ces syndics pourront faire apposer les scellés. — Ils procéde-« ront, sans retard, avec l'assistance du juge de paix, sur l'ancien inven-« taire, au récolement des valeurs, des actions et des papiers, et procéde-« ront, s'il y a lieu, à un supplément d'inventaire. — Ils dresseront un bilan « supplémentaire. Ils feront immédiatement afficher et insérer dans les « journaux à ce destinés, avec un extrait du jugement qui les nomme, « invitation aux créanciers nouveaux, s'il en existe, de produire, dans le « délai de vingt jours, leurs titres de créances à la vérification. Cette in-« vitation sera faite aussi par lettres du greffier, conformément aux arti-« cles 492 et 493. »

Le jugement qui prononce l'annulation du concordat, dans le cas prévu par l'art. 518, est certainement susceptible d'appel conformément au droit commun; mais, par analogie de ce que la loi décide au sujet du jugement déclaratif de faillite (art. 440 *in fine*), nous devons dire que ce jugement est exécutoire par provision. Voy. M. Bédarride, t. II, no 658.

La loi n'admet pas ici, comme elle admet dans l'art. 492, que le délai de vingt jours doive être prolongé en raison des distances. Voy. M. Bédarride, t. II, no 666. Passé ce délai, il est procédé sans retard à la vérification des titres nouveaux (art. 523, 1er alinéa); et je crois que cette vérification se fait en assemblée générale, conformément à l'art. 493. — Du reste, jusqu'à l'expiration des vingt jours, ne connût-on aucun créancier nouveau, les opérations de la faillite sont suspendues.

Les art. 522 et 523 reproduisent presque littéralement les dispositions contenues dans le deuxième projet du Gouvernement, projet présenté en 1837. Le projet primitif (1834) consacrait un système différent.

dans son essence, ne peut produire aucun effet. Ce principe s'appliquera dans les rapports des créanciers concordataires avec le failli (1). Le failli ne pourra profiter d'aucune des concessions qui lui auraient été faites par le concordat; il redeviendra débiteur de la totalité de son passif, quelle que soit la réduction qu'il avait d'abord obtenue. Le failli sera dans la même position que s'il n'avait pas obtenu de concordat; il sera même dans une position pire, puisqu'il en a été privé par un fait qui incrimine, au plus haut degré, sa moralité.

Mais, à côté de ce principe, il faut en placer un autre, le principe que la bonne foi, quand elle repose sur une erreur invincible, doit être respectée, et que ce qui a été fait sous l'empire de cette erreur doit être maintenu. Or, les tiers qui ont contracté avec le failli, rétabli par le concordat à la tête de ses affaires, ont dû croire que ce traité avait été voté et homologué en parfaite connaissance de cause, qu'il était exempt de toute fraude, et qu'ils pouvaient traiter en toute sécurité avec le failli : dès lors, les contrats qu'ils ont faits avec lui doivent être, et sont effectivement, aussi valables que si le concordat n'était pas annulé (2). Dans les rap-

(1) Cela résulte des premiers mots de l'art. 526.

(2) C'est un principe général de notre droit que le dol dont une personne s'est rendue coupable peut bien nuire à cette personne, à ses ayants-cause à titre universel ou à titre gratuit, mais que celui qui a été victime du dol ne peut pas s'en prévaloir contre les tiers de bonne foi. Ainsi, par suite des manœuvres frauduleuses de Paul, vous avez aliéné votre immeuble à son profit : lorsque plus tard vous découvrez le dol qui a été pratiqué contre vous, vous pourrez bien obtenir la rescision contre Paul, mais non contre ceux qui de bonne foi et à titre onéreux ont pu acquérir de lui des droits sur l'immeuble. Cela ne faisait pas de doute en droit romain : voy. notamment Ulpien, L. 4 § 31, Dig., *De doli mali et metûs except.* Je suis convaincu, bien que l'opinion contraire ait beaucoup de partisans, que le législateur français n'a point voulu changer cet ancien principe. Et alors dans cette idée que les personnes qui ont traité de bonne foi avec un failli concordataire ne doivent pas souffrir de ce que plus tard ce concordat a été annulé, je ne vois que l'application d'une règle générale de notre droit. — On peut également comparer la position des tiers qui ont traité avec le failli concordataire à celle des personnes qui font un acte à titre onéreux avec un commerçant qui à leur insu avait cessé ses paiements (art. 447).

ports des créanciers postérieurs avec les créanciers concordataires, et lorsqu'il s'agira de déterminer la somme pour laquelle les uns et les autres viendront à la faillite reconstituée, le concordat sera considéré comme subsistant et comme faisant loi entre eux, en ce sens que les dividendes que les créanciers concordataires ont reçus conserveront ce caractère de dividendes : les créanciers concordataires ne pourront plus, dès lors, figurer dans la faillite que pour la partie de leurs créances qui n'aura point été éteinte par ces dividendes, et non pour tout ce qui excède la somme qu'ils ont réellement touchée. Ainsi supposons qu'un créancier postérieur à l'homologation ait une créance de 12,000 fr., et qu'il ait reçu un à-compte de 6,000 fr. avant l'annulation du concordat : il viendra dans la faillite comme créancier de 6,000 fr.,—tandis qu'un créancier concordataire, en supposant qu'il ait été fait remise au failli de 50 pour 100, s'il avait reçu un dividende de 6,000 fr., ne pourrait plus du tout figurer dans la faillite, parce que ces 6,000 fr. auraient éteint sa créance de 12,000; et, s'il avait reçu 3,000, il ne pourrait plus figurer dans la faillite que comme créancier de 6,000 fr., parce que, le dividende étant de 50 pour 100, il s'ensuit que 6,000 fr. en représentent 12,000, et que 3,000 fr. en représentent 6,000. Le concordat, quoique annulé, n'en subsiste pas moins (1) jusqu'à concurrence des dividendes qui ont été payés.

En tant qu'il a été exécuté, le concordat est maintenu dans l'intérêt des créanciers postérieurs, qui n'ont rien à s'imputer, —tandis que les créanciers concordataires sont en faute de l'avoir voté, et ils subiront, malgré l'annulation du concordat, la loi qu'ils se sont faite à eux-mêmes, au moins jusqu'à concurrence des dividendes qu'ils ont touchés. Mais, quant aux dividendes simplement promis, comme le concordat ne peut pas s'exécuter, la réduction est sans cause, et les créanciers ressaisissent toute la partie de leurs créances à laquelle correspondaient ces dividendes non payés. Ainsi, lorsqu'il ne leur a été payé aucun

(1) A l'égard des nouveaux créanciers.

dividende, ils viendront dans la masse pour la totalité de ce qui leur était dû ; lorsqu'ils ont touché l'intégralité du dividende promis, ils ne pourront plus figurer dans la masse ; enfin, lorsqu'ils n'ont touché qu'une partie du dividende promis, ils figureront dans la masse pour la partie, et seulement pour la partie, de leurs créances qui n'aura pas été éteinte par ce dividende.

Si donc, comme je l'ai supposé, le dividende promis est de 50 pour 100, et que la créance soit de 12,000 fr., le créancier qui aura reçu 6,000 fr. ne pourra plus figurer dans la masse ; s'il a reçu 3,000 fr., il ne pourra plus y figurer que pour 6,000 ; enfin, s'il n'a rien touché, il y figurera pour la totalité de sa créance, c'est-à-dire pour 12,000 fr.

Mais, à l'égard du débiteur, je le répète, le créancier concordataire redeviendra créancier de tout ce qu'il n'aura pas réellement touché. Les sommes reçues à titre de dividende ne sont considérées que comme des paiements partiels ou des à-compte : la créance ne sera considérée comme éteinte que jusqu'à concurrence de ce que le créancier aura effectivement reçu. Si donc il a touché 3,000 fr., bien qu'il ne puisse plus figurer dans la masse que pour 6,000 fr., il ne se trouvera pas moins créancier de 9,000 fr. à l'encontre du débiteur (1).

(1) Ainsi, quand une portion seulement du dividende promis a été payée, le concordat, annulé pour le tout vis à vis du débiteur, est annulé pour partie vis à vis des nouveaux créanciers; et, quand rien n'a encore été payé, le concordat est annulé pour le tout, aussi bien vis à vis des nouveaux créanciers que vis à vis du débiteur. Au contraire, sous l'empire du Code, le concordat était toujours maintenu vis à vis des nouveaux créanciers, — de telle sorte que, si le concordat avait fait remise au failli de 75 pour 100, un créancier de 12,000 fr. qui n'avait touché aucune partie de son dividende, ne pouvait, après l'annulation du concordat, se présenter que comme créancier de 3,000 fr. C'est, du moins, ce que dit M. Renouard, dans son rapport à la Chambre des députés. Cette décision faisait évidemment la part trop belle aux nouveaux créanciers : car, en fait, ils ont dû rechercher si le débiteur exécutait les engagements pris par le concordat, et, en droit, ils ont dû savoir que les remises consenties par le concordat ne seraient maintenues qu'autant que le dividende promis aurait été réellement payé.

D'après l'article du premier projet du Gouvernement qui correspondait à

Voilà la théorie consacrée par l'art. 526 : « Les créanciers an-« térieurs au concordat, dit cet article, rentreront dans l'inté-« gralité de leurs droits, à l'égard du failli seulement ; mais ils « ne pourront figurer dans la masse que pour les proportions « suivantes, savoir : s'ils n'ont touché aucune part du dividende, « pour l'intégralité de leurs créances ; s'ils ont reçu une partie « du dividende, pour la portion de leurs créances primitives cor-« respondante à la portion du dividende promis qu'ils n'auront « pas touchée. »

Je reviendrai encore sur cette théorie, en expliquant *les droits des créanciers* (art. 542 et suiv.).

Je passe à la *résolution* du concordat.

La résolution a un tout autre caractère que l'annulation. La résolution, en effet, résulte d'un fait postérieur à l'homologation du concordat, elle résulte de l'inexécution de ce traité, elle ne résulte point, comme l'annulation, d'un vice inhérent au concordat lui-même. La résolution dérive de la condition résolutoire qui est sous-entendue dans tous les traités, comme dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements (1).

Devant quelle juridiction la résolution devra-t-elle être demandée ? Elle devra l'être devant la juridiction commerciale, par la raison que j'ai indiquée en parlant de l'annulation. Elle sera demandée par voie d'assignation, donnée au failli, et aux cau-

notre art. 526, une exception assez singulière était apportée au principe que le concordat, en tant qu'il a été exécuté, n'est point annulé vis à vis des nouveaux créanciers : le créancier concordataire qui avait touché tout ou partie du dividende promis, pouvait, quand il y trouvait son intérêt (c'est-à-dire dans le cas assez rare où la nouvelle masse devait donner un dividende supérieur au dividende promis par le concordat), rapporter ce qu'il avait touché et se présenter alors pour l'intégralité de sa créance primitive. Cette faculté a été supprimée, sur la demande de la seconde Commission de la Chambre des pairs.

(1) Comp. l'art. 520, 2e alinéa, du Code de commerce et l'art. 1184 du Code Napoléon.

tions, s'il en existe : car elle est demandée tout aussi bien contre les cautions, qui répondent de l'exécution du concordat, que contre le failli (art. 520, 2e alinéa). — Mais, à la différence de l'annulation, qui ne peut être demandée que pendant dix ans, la résolution pourra l'être pendant trente ans. Et la raison en est simple : la résolution est la conséquence de l'inexécution ; or, l'exécution peut être demandée pendant trente ans, et par cela même, la résolution peut l'être pendant tout ce laps de temps (1).

Quant aux effets de la résolution, ils ont beaucoup d'affinité avec ceux de l'annulation. Il faut, et à plus forte raison, décider, en cas de résolution, comme en cas d'annulation :

1° Que les créanciers rentrent dans l'intégralité de leurs droits à l'égard du failli ;

2° Que les actes faits par le failli depuis l'homologation restent valables ;

3° Que tous les créanciers postérieurs viendront à la faillite pour l'intégralité de leurs créances, déduction faite seulement

(1) Quel est le point de départ des trente ans? Ce n'est pas le jour même du concordat, c'est seulement l'échéance des engagements pris par le concordataire (C. Nap., art. 2257). S'il y avait plusieurs échéances successives, les trente ans ne commenceraient à courir qu'à partir de la dernière échéance. Supposons qu'il y avait deux échéances; trente ans se sont écoulés depuis la première, non depuis la seconde, et le créancier n'a encore rien reçu : il peut demander la résolution du concordat, mais il sera censé avoir reçu ce qui devait être payé à la première échéance.

Je crois que c'est faute d'avoir suffisamment réfléchi à la question que M. Renouard a pu écrire ce qui suit : « Deux actions appartiennent au créan- « cier : l'une en exécution de l'engagement pris envers lui dans le con- « cordat, et cette action dure trente ans à partir de l'époque où l'engage- « ment est échu; l'autre en résiliation du concordat, pour laquelle la « prescription commence à courir du moment où l'homologation a donné « vie au concordat et l'a rendu obligatoire pour tous » (t. II, p. 104). L'échéance étant toujours postérieure à l'homologation, et la résolution ne pouvant être demandée que pour défaut de paiement à l'échéance, ce système revient à dire que le créancier n'a jamais trente ans pour demander la résolution. Cependant dire qu'une action se prescrit par trente ans, cela a toujours signifié qu'elle dure trente ans, qu'on a trente ans pour l'exercer. Comp. M. Bédarride, t. II, n° 636.

des à-compte qu'ils auront pu recevoir, et que les créanciers concordataires n'y viendront que pour la partie de leurs créances qui n'aura pas été éteinte par un dividende qu'ils auront touché, ainsi que je l'ai expliqué précédemment (1).

Il y a cependant deux différences entre les effets de la résolution et ceux de l'annulation :

1° La résolution ne rend pas le failli indigne d'un nouveau concordat, et les créanciers pourront, s'ils le jugent convenable, lui en accorder un nouveau, en stipulant des garanties pour l'exécution, en exigeant des cautions ou en nommant des commissaires pour surveiller l'exécution, etc., — tandis que, quand le concordat est annulé, il ne peut plus en intervenir un autre entre le failli et ses créanciers (2) ;

2° L'annulation libère les cautions, — tandis que la résolution n'empêche pas qu'elles ne restent obligées (3). En effet, quand le concordat est annulé, l'engagement de la caution est sans cause : car en s'engageant elle n'a eu en vue que de procurer au failli le bénéfice du concordat, et il ne peut plus en jouir. Ajoutons que la caution elle-même a été trompée : car, si elle a consenti à s'engager pour le failli, c'est parce qu'elle le considérait comme

(1) Ces trois similitudes résultent explicitement des art. 525 et 526.— Je ferai seulement une observation. En droit commun, j'ai admis que l'action en rescision pour cause de dol est une action *in personam* et non une action *in rem* ; au contraire il est généralement reçu, et, je crois, avec raison, que l'action en résolution fondée sur l'art. 1184 du Code Napoléon est, dans les principes de ce Code lui-même, une action *in rem*. Cette différence entre les deux actions disparaît dans notre matière : la résolution, aussi bien que l'annulation du concordat, n'a lieu que sauf le droit des tiers de bonne foi.

(2) J'admets bien que, si le failli concordataire est condamné comme banqueroutier frauduleux, ses créanciers ne peuvent pas lui accorder un nouveau concordat. Mais, si le premier concordat a été simplement annulé aux termes de l'art. 518, il ne m'est pas démontré qu'en droit la concession d'un nouveau concordat soit impossible. L'art. 524, qui suppose la possibilité d'un nouveau concordat, paraît bien s'appliquer, comme les deux articles précédents et comme les deux articles suivants, non-seulement au cas de résolution, mais également au cas d'annulation du premier concordat.

(3) Comp. le 1er et le 3e alinéa de l'art. 520.

un honnête homme, et on ne peut plus lui donner ce titre (1). Au contraire, en cas de résolution, il est toujours loisible à la caution, en exécutant les conditions de ce traité comme elle s'y est engagée, de conserver au failli le bénéfice du concordat. D'ailleurs, on ne comprendrait pas que les créanciers fussent privés de la garantie qu'ils ont stipulée, lorsqu'ils se trouvent précisément dans le cas en vue duquel ils l'ont stipulée, et que la caution pût se libérer par son fait de l'engagement qu'elle a contracté. Cette différence, qui avait été combattue dans la discussion, se justifie donc facilement (2).

(1) Logiquement il faut en conclure que la caution qui a déjà payé pour le failli tout ou partie du dividende au moment où survient l'annulation du concordat peut agir en répétition contre le créancier (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 881). Mais ce résultat est tellement rigoureux pour le créancier que j'aurais beaucoup de peine à l'admettre en l'absence d'un texte formel.

(2) Le premier projet du Gouvernement n'indiquait pas quel serait le sort des cautions, soit en cas d'annulation, soit en cas de résolution du concordat. En 1835, la Chambre des députés décida que, dans l'un et dans l'autre cas, les cautions resteraient tenues. La première Commission de la Chambre des pairs proposa de supprimer cette disposition, et voici comment s'exprimait son rapporteur, M. Tripier : « La caution qui s'oblige « pour le failli, dans un concordat, est déterminée par le désir de rétablir « ce débiteur dans son commerce et dans l'administration de ses affaires. « Elle n'est obligée que par cet acte : s'il est annulé ou résolu, il n'existe « plus de titre ni d'obligation contre elle ; si les créanciers rentrent dans « tous leurs droits contre le failli, il est juste qu'elle soit affranchie de son « engagement. Il serait contradictoire de résoudre le concordat entre les « créanciers et le débiteur, et de le conserver entre eux et la caution : ils « doivent choisir ce qui est le plus conforme à leur intérêt, ou la résolu- « tion, ou les engagements collectifs du débiteur et de la caution. Cette « dernière ne peut être obligée à payer la dette du failli, si le concordat « n'est pas exécuté. Il serait même à craindre que cette disposition ne de- « vînt un obstacle aux cautionnements et, par suite, aux concordats. » — Le second projet du Gouvernement, prenant un terme moyen, distingue entre le cas d'annulation et le cas de résolution : « La résolution pour « inexécution des conditions, dit l'*Exposé des motifs*, tient à des faits pos- « térieurs au concordat, et qui ont dû être prévus par toutes les parties, « puisque c'est dans cette prévision que l'intervention des cautions a été « exigée. Admettre que le failli puisse libérer ses cautions par l'inexécution « du concordat, laquelle donne ouverture à l'action en résolution, ce serait « ouvrir la porte à des collusions entre la caution et le failli. » En réponse

— J'arrive à une dernière hypothèse, celle où une *nouvelle faillite* survient après le concordat. Cette hypothèse se rattache

à cette dernière considération, M. Tripier fit remarquer avec raison que le failli et ses cautions ne peuvent pas provoquer la résolution, que cette faculté n'appartient qu'aux créanciers : si les créanciers ont foi dans la solvabilité de la caution, ils ne demanderont pas la résolution du concordat faute de paiement par le débiteur, ils poursuivront la caution en vertu de ce titre. Enfin le commissaire du roi, M. Vincens, soutint la disposition du projet par ce motif qu'en matière de concordat les circonstances qui amènent l'intervention d'une caution ne sont pas les mêmes que dans les autres contrats. Les créanciers avaient un gage : ils l'abandonnent, parce qu'une caution garantit les dividendes auxquels ils se réduisent ; la caution elle-même n'a pas dû croire qu'elle sera libérée s'il plaît au débiteur de ne pas payer. La Commission de la Chambre des pairs finit par céder, et le système mixte du Gouvernement a passé dans la loi.

En résumé, le concordat, résolu vis à vis du débiteur qui ne l'a pas exécuté, subsiste vis à vis des cautions qu'il avait fournies : la remise en faillite du débiteur fait évanouir presque complétement pour les cautions la chance d'un recours efficace, et cependant les cautions restent obligées (voy. M. Bédarride, t. II, n° 643). Nous savons que le concordat annulé subsiste à l'égard des nouveaux créanciers, en tant qu'il avait été exécuté par le paiement de la totalité ou d'une partie du dividende ; vis à vis des cautions, au contraire, le concordat résolu subsiste en tant qu'il n'a pas été exécuté. Du reste, nous appliquerons l'art. 526 dans l'intérêt des nouveaux créanciers, sans distinguer si le créancier concordataire a été payé par le débiteur lui-même ou par une caution, sans distinguer même si la caution l'a payé avant ou après la demande en résolution ; et, de même, en sens inverse, nous dirons que ce qui sera obtenu par ce créancier dans la répartition de la nouvelle masse libérera d'autant les cautions (voy. M. Bédarride, t. II, n° 646).

— La résolution du concordat, comme en général la résolution de tout contrat non exécuté par l'une des parties, n'a point lieu de plein droit, elle doit être prononcée par le tribunal (C. Nap., art. 1184). Spécialement en matière de concordat, l'intervention de la justice était nécessaire, d'abord pour garantir aux cautions qu'il y a bien réellement de la part du débiteur inexécution d'un engagement résultant du concordat, qu'ainsi ses biens peuvent être de nouveau soumis au régime de la faillite (art. 520, 2e alinéa), et aussi pour que le même acte qui résout le concordat nomme un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics, de telle sorte que les affaires du failli ne restent pas un seul instant à l'abandon (art. 522, 1er alinéa). De plus, il n'est pas indispensable que le failli concordataire soit en demeure de remplir ses engagements envers tous ses créanciers pour que la résolution du concordat puisse se produire d'une manière absolue et vis à vis de tous, et sous ce rapport encore l'intervention de la justice a dû paraître

aux deux autres ; elle en diffère aussi à certains égards, dans sa cause et dans ses effets.

nécessaire comme une sorte de tempérament à une disposition si exorbitante du droit commun. Cette disposition, du reste, a été l'occasion de beaucoup de débats dans les Chambres. M. Bravard s'en occupera un peu plus loin, et pour le moment je veux simplement donner une idée des différents systèmes qui ont été proposés. Le projet primitif du Gouvernement se bornait à dire, comme l'art. 520 de la loi, que la résolution pourrait être poursuivie devant le tribunal de commerce. En 1835, la Chambre des députés, sur la proposition de sa Commission, ajouta qu'elle pourrait l'être *par chaque créancier*, et le second projet du Gouvernement reproduisit cette rédaction. Mais la Chambre des pairs ne consentit à ce que les cautions restassent tenues après la résolution du concordat qu'à la condition d'exiger que la poursuite en résolution ne pût être formée qu'*à la requête de la majorité des créanciers, tant en nombre qu'en sommes.* Enfin cette condition a été supprimée dans la dernière discussion à la Chambre des députés ; et, en conséquence, la Cour de Riom a jugé, avec raison, par un arrêt du 2 août 1853, « que la résolution du concordat, prononcée sur « la poursuite d'un créancier non payé de son dividende, profite à la « masse, et fait revivre la faillite pour les autres créanciers non payés de « leur dividende, comme l'homologation du concordat l'avait fait cesser « pour tous..... » (Dev.-Car., 53, 2, 666).

Il ressort pour moi des observations qui précèdent que la loi a voulu qu'il ne pût jamais y avoir une résolution du concordat qui ne serait pas prononcée par la justice. Je considère donc comme nulle la clause portant que, faute par le concordataire de remplir exactement ses engagements, le concordat serait résolu de plein droit. La Cour de Paris, par un arrêt du 11 août 1843, en a décidé autrement dans une espèce où il avait été stipulé que, si le concordataire ne payait pas les dividendes dans les délais fixés, il serait déchu du bénéfice du concordat, un mois après la sommation qui lui serait faite. La Cour a décidé que le créancier non payé, un mois après la sommation par lui faite, était rentré dans la plénitude de ses droits ; qu'il avait pu poursuivre le débiteur, même par corps, en vertu tant du concordat que du titre originaire ; mais que l'inexécution, et, par suite, la résolution du concordat, à l'égard d'un seul créancier, n'avait pu faire revivre de plein droit l'ancien état de faillite..... (Dev.-Car., 43, 2, 546). Cela veut dire, si je ne me trompe, que la résolution peut se produire de plein droit, en vertu d'une clause du traité, mais qu'alors, à la différence du cas où elle est prononcée par la justice, la résolution n'a qu'un effet purement relatif et laisse le failli à la tête de ses affaires. Or c'est là un système qui aurait de graves inconvénients, qui entraînerait de grandes complications et que la loi nouvelle me paraît avoir voulu proscrire : il faut que le concordat subsiste pour le tout, ou bien qu'il soit résolu pour le tout et qu'alors les choses soient remises dans l'état où elles étaient avant l'ho-

En principe, la nouvelle faillite a sa cause dans le non-paiement de dettes postérieures à l'homologation du concordat, tandis que l'annulation dérive d'une cause inhérente au concordat lui-même : donc, à cet égard, dissemblance complète entre le cas d'annulation et celui de seconde faillite. — Mais en quoi la seconde faillite diffère-t-elle de la résolution ? En ce que la résolution a sa cause dans le non-paiement de dettes dérivant du concordat, dans l'inexécution d'engagements pris dans ce traité par le failli, — tandis que la seconde faillite dérive du refus d'acquitter des dettes postérieures au concordat et indépendantes de ce traité (1).

Quant aux effets, il y a des différences et des ressemblances entre le cas de seconde faillite et les deux autres. La seconde faillite emporte implicitement la résolution du concordat, lequel ne peut plus s'exécuter dès que le failli est de nouveau dessaisi ; et il faut faire, quant au failli, quant aux créanciers postérieurs, les distinctions que j'ai déjà indiquées. A cet égard, le cas de seconde faillite se confond avec les cas d'annulation et de résolution (2).

mologation (Comp. M. Bédarride, t. II, n° 638). C'est aussi ce que la Cour d'Angers a reconnu, en décidant, par son arrêt du 13 février 1852, que, dans le cas où, aux termes d'une clause du concordat, il devait y avoir résolution de plein droit, la justice peut encore accorder un délai au débiteur à l'égard de tous les créanciers (Dev.-Car., 52, 2, 187). Cela revient bien à dire que la clause en question est nulle : comp. Code Nap., article 1656.

(1) Il est possible qu'il y ait en même temps inexécution des engagements pris par le concordat et déclaration de nouvelle faillite pour inexécution des engagements pris postérieurement. Alors, sans distinguer si la résolution du concordat a été ou non demandée, le failli pourra être condamné comme banqueroutier simple (art. 586-2°).

(2) Cela résulte explicitement de l'art. 526, qui, après avoir dit 1° que les créanciers antérieurs au concordat rentrent dans l'intégralité de leurs droits à l'égard du failli seulement, et 2° que le concordat est maintenu dans l'intérêt des nouveaux créanciers, en tant qu'il a été exécuté (voy., ci-dessus, p. 458 et suiv.), ajoute, dans un dernier alinéa : « Les dispositions du « présent article seront applicables au cas où une seconde faillite viendra « à s'ouvrir, sans qu'il y ait eu préalablement annulation ou résolution du

Mais il en diffère à d'autres égards :

Ainsi, d'abord, quant aux formalités à remplir, elles seront, en cas de seconde faillite, les mêmes qu'en cas de première faillite : car il y aura nécessairement un nouveau passif, des créanciers nouveaux, et aussi un nouvel actif, — tandis que peut-être n'y en a-t-il pas dans le cas de résolution ou d'annulation. Il faudra donc un nouveau bilan, un nouvel inventaire, une nouvelle affirmation et vérification. Il faudrait même y soumettre tous les créanciers, aussi bien les créanciers antérieurs que les créanciers postérieurs à l'homologation : car ce n'est pas la première faillite qui renaît, c'est une nouvelle faillite qui est déclarée, un nouveau dessaisissement qui commence, une nouvelle masse qui se constitue, dont l'ancienne n'est qu'un accessoire. Ainsi on devra remplir absolument les mêmes formalités que s'il n'y avait pas déjà eu une faillite. Il faudra donc un jugement déclaratif; il faudra que l'époque de la cessation des paiements soit fixée, soit par ce jugement, soit par un autre.

De là résulte une nouvelle différence entre le cas de seconde faillite et celui d'annulation ou de résolution : en cas d'annulation ou de résolution, les actes postérieurs à l'homologation ne pourront être annulés qu'autant qu'ils seront entachés de *fraude*, dans le sens ordinaire de ce mot et conformément au droit commun (1), — tandis que, dans le cas de seconde faillite,

« concordat. » Cet alinéa a été ajouté, sur un amendement de M. Gaillard de Kerbertin, adopté par la Chambre des députés le 20 avril 1835.

En cas d'annulation du concordat, les cautions sont libérées; en cas de résolution, elles restent obligées. Que décider en cas de nouvelle faillite ? Il faut évidemment décider, d'après l'esprit de la loi, que les cautions continuent d'être obligées. Les motifs donnés pour le cas de résolution du concordat s'appliquent exactement au cas de nouvelle faillite. Dans un cas, la résolution est prononcée directement par le tribunal, et dans l'autre le tribunal en déclarant la nouvelle faillite prononce virtuellement cette même résolution : si les cautions ne sont pas libérées dans le premier cas, il est impossible de comprendre pourquoi elles le seraient dans le dernier. Voy. aussi M. Bédarride, t. II, n° 690.

(1) Art. 525 : « Les actes faits par le failli postérieurement au jugement « d'homologation, et antérieurement à l'annulation ou à la résolution du

il faudra appliquer, comme dans le cas de première faillite, les nullités particulières qu'admet la loi commerciale, soit nullités de plein droit, soit nullités subordonnées à la preuve de la connaissance de la cessation des paiements, ou à la simple négligence, à l'inaccomplissement d'une certaine formalité (1). En effet, il y a les mêmes raisons que dans le cas de première faillite. Le débiteur n'a pu ignorer sa situation, et les tiers eux-mêmes ont pu la connaître : car elle résulte de faits patents, et non de causes latentes comme celles qui produisent l'annulation et même la résolution (2).

Il ne me reste plus qu'une dernière question à examiner. Elle

« concordat, ne seront annulés qu'en cas de fraude aux droits des créan-« ciers. » On se dirigera uniquement par le principe posé dans l'art. 1167 du Code Napoléon. Voy. M. Bédarride, t. II, no 683.

(1) En un mot, il faut se diriger, non plus par l'art. 1167 du Code Napoléon, mais par les art. 446, 447 et 448 du Code de commerce.

(2) L'inscription prise aux termes de l'art. 517, que deviendra-t-elle, soit au cas d'annulation ou de résolution du concordat, soit au cas de nouvelle faillite ? D'abord au cas de nouvelle faillite, sans aucun doute cette inscription subsiste; maintenant, je crois qu'elle n'assure préférence aux créanciers concordataires, par rapport aux nouveaux créanciers, que pour le montant du dividende promis par le concordat. C'est aussi ce qu'a reconnu la Cour de Paris, par un arrêt du 22 juin 1850 (Dev.-Car., 51, 2, 542). Je donne exactement la même décision pour le cas de résolution du concordat : de même que le cautionnement subsiste, de même l'inscription hypothécaire doit subsister comme garantie du paiement du dividende promis. Quant au cas d'annulation du concordat, de même que les cautions sont libérées, de même il ne peut plus être question de l'inscription prise en vertu de l'article 517; et, même en admettant que l'art. 490 établisse un véritable droit d'hypothèque que les créanciers peuvent invoquer en l'absence d'un concordat, je ne leur permettrais pas de s'en prévaloir à l'encontre des nouveaux créanciers qui ont traité sur la foi du concordat. Du reste, la doctrine que je propose ici n'est pas celle que je trouve dans les auteurs : M. Renouard enseigne qu'au cas de nouvelle faillite les créanciers anciens viendront hypothécairement pour le montant du dividende non payé, conformément à l'art. 517, et qu'au cas d'annulation ou de résolution du concordat, ils viendront hypothécairement pour le montant de leurs créances primitives, s'ils n'ont encore rien touché, conformément à l'art. 490 (t. II, p. 114); au contraire, suivant M. Bédarride, les créanciers anciens, dans tous les cas, ne pourront venir hypothécairement que pour le montant du dividende promis par le concordat et non payé (t. II, nos 693 et 694).

est relative au cas de résolution; mais elle ne pouvait être bien comprise avant que le cas de seconde faillite fût expliqué. Il s'agit de savoir si la résolution pourra être demandée par un créancier isolé, en son nom personnel et parce qu'il y a eu à son égard non-paiement du dividende.

En principe, la résolution d'un traité ou d'un contrat ne peut être demandée que par l'une des parties contre l'autre. Or, dans le concordat il n'y a que deux parties, le failli et la majorité qui a voté ce traité. Il semble donc que la résolution n'en pourrait être poursuivie qu'au nom de cette majorité et en vertu d'une décision prise par elle. Ce système, assez logique en soi, avait été adopté par la Chambre des pairs (1). Mais il avait deux inconvénients graves :

1° Celui de fournir au failli un moyen de se jouer de la minorité de ses créanciers, en désintéressant la majorité;

2° Celui de faire dépendre l'action en résolution d'une condition presque impossible à remplir : car il est bien difficile de reconstituer cette majorité dont les éléments se sont dispersés et ont pu changer depuis l'homologation du concordat.

Aussi ce système fut-il rejeté par la Chambre des députés. La Chambre des députés adopta un amendement, reconnaissant à chaque créancier le droit de demander la résolution du concordat (2). Il est vrai que l'auteur de cet amendement n'entendait attribuer à chaque créancier d'autre droit que celui de faire prononcer la résolution du concordat, en ce qui le concernait, lui, créancier demandeur en résolution, c'est-à-dire la résolution de la remise consentie par lui (3); mais on ne s'en est pas tenu là,

(1) Voy., ci-dessus, p. 467, note.

(2) Il n'est pas exact de dire que le système de la Chambre des pairs fut rejeté par la Chambre des députés : c'est intervertir l'ordre des faits. La Chambre des députés avait dit que la résolution du concordat pourrait être poursuivie *par chaque créancier*; la Chambre des pairs remplaça ces derniers mots par ceux-ci : *à la requête de la majorité des créanciers, tant en nombre qu'en sommes.*

(3) C'est ainsi que les choses se passaient sous l'empire du Code de 1808; mais il ne paraît point qu'en 1838 la Chambre des députés entendît qu'elles

et, dans la rédaction définitive, on a étendu la résolution au concordat lui-même.

Reste à savoir si un créancier pourra faire prononcer la résolution dont il s'agit par cela seul que le débiteur ne lui paierait pas son dividende, eût-il payé celui des autres (1). Ce serait bien exorbitant : car un seul créancier pourrait ainsi faire la loi aux autres. Le non-paiement, le refus de paiement, éprouvé par un seul créancier entraînerait donc des conséquences peut-être désastreuses pour tous les autres ! Aussi ce n'est pas dans ce sens que la loi me paraît devoir être entendue. Elle n'a pas dit que le concordat pourrait être résolu pour non-paiement d'un dividende, mais qu'il pourrait l'être pour inexécution des conditions sous lesquelles il avait été consenti. Or, il me paraît résulter de là que la position du débiteur doit être envisagée, non par rapport à tel ou tel créancier en particulier, mais par rapport à tous ceux dont se composait sa masse ; et ce ne sera qu'autant que le débiteur sera en faute, coupable d'inexécution, envers cette masse, que le concordat pourra être résolu. En un mot, je crois qu'il y aura, à l'égard de la dette de dividende, l'équivalent de ce que la loi entend par *cessation de paiements* quand il s'agit de déclarer la faillite : la faillite ne pourra être rouverte par suite de la résolution qu'autant qu'il y aura, en ce qui concerne les dividendes promis, une cessation de paiements, et non pas un refus isolé de paiement. Ce sera une sorte de faillite rétrospective. Le failli, en effet, n'exécutant pas les condi-

dussent se passer ainsi. Aussi M. Tripier, attaquant, au nom de la première Commission de la Chambre des pairs, le système adopté par la Chambre des députés, dit-il dans son rapport : « Poursuivie par un seul créancier, la « résolution serait prononcée à l'égard de tous, le contrat ne pouvant « exister pour les uns et être résolu pour les autres. »

(1) Ceux qui pensent, et c'est l'opinion générale, que tout créancier non payé de son dividende peut poursuivre la résolution du concordat de façon à le faire tomber d'une manière absolue, et non pas seulement en ce qui le concerne personnellement, ceux-là ont soin d'ajouter que la résolution n'aura aucun effet vis à vis des créanciers qui ont déjà touché leur dividende. Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Riom cité, ci-dessus, p. 467, note.

tions qui avaient fait cesser le dessaisissement, il sera naturel que ce dessaisissement revive (1).

(1) Je ne puis pas admettre l'idée de M. Bravard. Il n'y en a aucune trace dans les travaux préparatoires de la loi. Tout au contraire, le vote de la rédaction à laquelle en définitive on s'est arrêté, fut immédiatement précédé des paroles suivantes de M. Quenault, rapporteur de la seconde Commission de la Chambre des députés : « Après le concordat formé, il n'existe « plus de masse, plus de communauté, plus de majorité, plus de minorité, « plus de droits collectifs; chacun peut poursuivre l'exercice de ses droits « individuels, par tous les moyens qui lui restent en vertu du concordat. « La majorité serait souvent impossible à retrouver, s'il s'est écoulé par « exemple plusieurs années depuis la formation du concordat; ce serait « soumettre à une condition impossible la résiliation qu'il importe de pro- « noncer. *Il pourrait même arriver que la majorité fût désintéressée,* et « qu'elle n'eût plus aucun intérêt à la résolution. Ces considérations ont « déterminé votre Commission à admettre en principe que *la résolution* « *du concordat pourra être provoquée par un seul créancier, si ce créancier* « *n'est pas payé des engagements pris par le concordat.....* »

Au surplus, ce système admis par le législateur ne me paraît pas, à tout prendre, bien exorbitant : M. Bravard va trop loin quand il dit qu'un seul créancier pourrait ainsi faire la loi aux autres. En effet, de deux choses l'une : ou les autres créanciers sont déjà payés, et alors la résolution leur est absolument indifférente, l'effet du concordat subsiste tout entier pour eux; ou ces créanciers ont éprouvé, aussi eux, un refus de paiement, et alors, s'ils sont convaincus que le failli concordataire pourra bientôt payer et que l'intérêt général veut qu'on s'en tienne au concordat, ils interviendront dans la poursuite en résolution pour la combattre, et, s'ils parviennent à convaincre le tribunal, celui-ci, au lieu de prononcer immédiatement la résolution, pourra très-bien proroger les délais accordés au débiteur par le concordat. Voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 11 août 1843, déjà cité ci-dessus, p. 467, note.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DE L'UNION.

Nous avons vu quelle est la situation respective que le concordat fait au failli et à ses créanciers; nous avons maintenant à voir la situation inverse, qu'on appelle *l'union*.

De ces deux solutions de la faillite, la première, le concordat, est la plus favorable au failli, à qui elle permet de reprendre l'administration de ses biens, de disposer de son actif, et de qui elle améliore la position en lui accordant une réduction plus ou moins considérable de son passif. L'union, au contraire, est la solution la plus fâcheuse pour le failli, de qui elle consomme la ruine : car elle aboutit à son expropriation complète. Les créanciers, usant de leurs droits avec la dernière rigueur, font vendre tout l'actif du failli et s'en répartissent le prix (1).

Il semble dès lors que, pour désigner deux situations aussi différentes, on aurait dû employer deux expressions parfaitement opposées, tandis que celles de *concordat* et d'*union* ne laissent pas que d'avoir une assez grande affinité, et impliquent l'une et l'autre l'idée d'un accord. Sans doute il y a un certain accord dans les deux cas, mais c'est un accord d'une nature toute différente. Le concordat est un accord des créanciers avec le failli, qu'ils replacent à la tête de ses affaires, avec lequel ils reprennent leurs rapports, renouvellent leurs relations; l'union, au contraire, est un accord des créanciers contre le failli, avec lequel ils rompent définitivement et ne gardent plus de ménagements (2).

(1) Voy. l'art. 534, et, ci-dessus, p. 331.

(2) En prenant le mot *union* dans un sens large, évidemment on peut

Dans quels cas les créanciers se trouvent-ils en état d'union ? Dans un assez grand nombre de cas :

1° Lorsque, le failli ayant été condamné comme banqueroutier frauduleux, il n'y aurait pas même possibilité de délibérer sur un concordat (1).

2° Lorsque le failli, malgré la sommation qui a dû lui être faite (2), ne se sera pas présenté à l'assemblée convoquée pour délibérer sur le concordat, ou, ce qui reviendrait au même, lorsque le failli, quoique présent à l'assemblée, n'aura pas proposé de projet de concordat, ou n'en aura proposé un que pour la forme, son projet étant de telle nature qu'il n'aura pas pu être pris au sérieux et mis en discussion. L'initiative du concordat appartient, en effet, d'une manière absolue et exclusive, au failli seul.

3° Lorsque les propositions que le failli aura faites à ses créanciers n'auront pas réuni la double majorité en nombre et en sommes exigée par la loi.

4° Lorsque le tribunal aura refusé d'homologuer le concordat (3).

5° Lorsque, le tribunal l'ayant homologué, son jugement aura été frappé d'appel et infirmé.

dire qu'il y a union entre les créanciers dès l'instant où la faillite du débiteur est déclarée : car, dès cet instant, il n'y a plus action individuelle, mais action collective ; la loi elle-même associe les différents créanciers, donne à la masse des créanciers une sorte de personnalité. Si dans le langage du Code de commerce il n'y a proprement *union* que quand il est devenu certain qu'un concordat n'aura pas lieu, le Code de procédure au contraire prend ce mot *union* dans un sens beaucoup plus large quand il dit (art. 69) : « Seront assignés : 1° ....; 7° les unions et directions de créanciers, en la « personne ou au domicile de l'un des syndics ou directeurs. »

(1) Ou bien le failli est tout d'abord condamné comme banqueroutier frauduleux, et alors, suivant l'expression de M. Bravard, il n'y a pas même possibilité de délibérer sur un concordat (art. 510, 1er alinéa) ; ou bien le failli, qui avait d'abord obtenu un concordat, est ensuite condamné comme banqueroutier frauduleux, et alors le concordat déjà obtenu est annulé et il n'y a plus possibilité d'en obtenir un autre (voy., ci-dessus, p. 464).

(2) Voy. le 2e alinéa de l'art. 505.

(3) Bien entendu, à moins que sur l'appel la Cour n'ait accordé l'homologation. Voy., ci-dessus, p. 419, note 2.

Dans ces différents cas, les créanciers se trouveront forcément en état d'union. En effet, la faillite ne peut se terminer que par le concordat ou par l'union : dès que le concordat n'est pas possible, il y a forcément union.

D'après cela, on voit que l'union n'est pas un contrat : car pour tout contrat il faut le consentement unanime de tous les contractants.

Bien plus, à la différence du concordat, elle n'est pas même un traité : car elle existe nécessairement et de plein droit, dès que le concordat est impossible; elle n'existe point en vertu du consentement des créanciers.

L'ancien texte s'exprimait donc inexactement quand il disait, dans l'art. 527, que les créanciers assemblés formaient, à la majorité individuelle des créanciers présents, un contrat d'union. Il y avait là une sorte d'incohérence d'expressions et d'idées. Un contrat ne peut jamais être l'œuvre d'une simple majorité, surtout d'une majorité restreinte aux créanciers présents, lesquels peuvent représenter la minorité de tous les créanciers. D'ailleurs, que la majorité le veuille ou non, dès que le concordat n'est pas possible l'union s'ensuit nécessairement (1).

Aussi les auteurs de la nouvelle loi ont-ils rectifié cette disposition de l'ancien texte en disant, dans le 1er alinéa de l'art. 529, que, s'il n'intervient pas de concordat, les créanciers sont de plein droit en état d'union. L'union est donc un état, et non un traité et encore moins un contrat.

(1) Comme le dit très-bien M. Renouard, dans son rapport au nom de la première Commission de la Chambre des députés, « l'ancien Code laissait « sans solution possible les cas où ne se rencontraient ni le concours des « deux majorités nécessaire pour un concordat ni la majorité individuelle « exigée pour former un contrat d'union. » Et la jurisprudence en était venue à mettre complétement de côté la disposition de l'art. 527. Ainsi, dans une affaire où la majorité en nombre s'était seule prononcée en faveur du concordat, où, d'un autre côté, six créanciers sur trente-huit avaient été d'avis de former le contrat d'union, la Cour de cassation, par un arrêt du 6 août 1840, reconnaît que, « dans les termes de l'art. 527, le contrat « d'union a été légalement formé » (Dev.-Car., 41, 1, 65).

Cela posé, et avant de nous occuper des diverses opérations de l'union, arrêtons-nous un moment pour prendre une idée de certaines situations exceptionnelles, où peuvent se trouver le failli et ses créanciers, et qui participent tout à la fois du concordat et de l'union.

La première de ces situations se rencontre en matière de société.

Les sociétés commerciales sont des personnes commerçantes. Supposons qu'il s'agit d'une société en nom collectif qui a cessé ses paiements : il faudra procéder comme on le fait à l'égard des commerçants ordinaires. La société devra, par l'entremise de son gérant, faire, au greffe du tribunal de commerce de son domicile, la déclaration, ou, pour mieux dire, l'aveu de la cessation de ses paiements (1), et déposer en même temps son bilan. Elle devra, comme les commerçants ordinaires, faire cette déclaration dans les trois jours. Il y aura ensuite un jugement déclaratif; ce jugement fixera l'époque de la cessation des paiements, ou elle sera fixée par un jugement ultérieur. Les scellés seront apposés au domicile social, et même, par une rigueur exorbitante, au domicile particulier des associés solidaires (2). On fera un inventaire; on procédera à la vérification et à l'affirmation des créances; enfin, les créanciers seront convoqués pour délibérer sur un concordat ou pour s'entendre déclarer en état d'union.

Il peut arriver, et il arrive assez souvent, quand une société fait faillite, que le gérant a démérité de ses créanciers et de ses

(1) « En cas de faillite d'une société en nom collectif, la déclaration contiendra le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires. Elle sera faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siége du principal établissement de la société » (art. 438, 2e alinéa). — Si la déclaration ne contenait pas les noms de tous les associés solidaires, ce pourrait être un cas de banqueroute simple (art. 586, n° 4).

(2) « En cas de faillite d'une société en nom collectif, les scellés seront apposés, non-seulement dans le siége principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun des associés solidaires » (art. 458, 2e alinéa).

co-associés, qu'il a commis des actes d'imprudence, de mauvaise administration et même de déloyauté, qu'il a abusé de la raison sociale, en contractant au nom de la société des engagements dans son intérêt personnel. Dès lors, les créanciers ne se soucieront pas, en faisant un concordat avec la société, de rétablir le gérant dans l'administration : en conséquence, ils refuseront d'accorder un concordat à la société, et, par suite, dans leurs rapports avec elle et avec le gérant, ils se trouveront en état d'union. Mais, si parmi les associés il en est un qui leur inspire confiance, ils ne demanderont pas mieux que de faire avec cet associé personnellement un concordat particulier. L'associé y aura intérêt, au point de vue moral d'abord, afin de séparer sa conduite de celle du gérant; au point de vue pécuniaire ensuite : car il pourra lui être fait remise de son passif social, qui est en même temps son passif particulier, par suite de la solidarité. Si donc le passif social est de 100,000 fr., on pourra lui faire remise de 50 p. 100, ou même de 75 p. 100, et il ne devra plus que 50,000 fr., ou même que 25,000 fr. seulement : il sera donc affranchi de la solidarité.

Tel est l'objet de l'art. 531, sur lequel je ne m'étendrai pas davantage en ce moment (1). Je me borne à faire remarquer que dans ce cas il y aura tout à la fois union vis à vis de la société et concordat vis à vis d'un (ou de plusieurs) des associés : il y aura, par conséquent, une situation mixte.

Une autre situation, qui participe tout à la fois du concordat et de l'union, est celle qui résulte de l'espèce de concordat qu'on appelle *concordat par abandon*. Le Code n'avait pas prévu ou au moins n'avait pas réglementé cette forme de concordat (2) ; mais elle s'était introduite d'elle-même, en quelque

(1) Le Code de 1808 prévoyait déjà le cas de faillite d'une société en nom collectif (art. 440 et 452). Mais il ne contenait aucune disposition analogue à celle de notre art. 531.

(2) Le *concordat par abandon* n'était spécialement prévu ni par le Code de 1808 ni par la loi de 1838. Du reste, comme toute clause non contraire

sorte, comme le moyen le plus propre à satisfaire à certaines exigences de la pratique. En effet, lorsque les créanciers n'ont pas assez de confiance dans le failli pour lui remettre l'administration et la disposition de son actif, qu'ils ne veulent pas s'en dessaisir en sa faveur, mais qu'ils tiennent, au contraire, à en rester nantis, ils ne peuvent pas faire avec lui un concordat ordinaire; peut-être seraient-ils très-disposés à faire un concordat en vertu duquel ils conserveront la plénitude de leurs droits sur l'actif. De son côté, le failli sera très-disposé à préférer ce concordat à l'union : car il profitera de la faveur qui s'attache toujours à un traité de ce genre, il échappera à la défaveur que ferait peser sur lui l'union. Ensuite, il stipulera, en retour de l'abandon de ses biens, sa libération totale; il pourra, en même temps, se faire remettre certains objets qui n'ont pas de valeur pour les créanciers, tels que les meubles meublants. Or, c'est là ce qui constitue le concordat par abandon, tel que la pratique l'avait introduit et constitué (1).

Ce concordat offrait aux créanciers un autre avantage, qui avait beaucoup contribué à le répandre. Il affranchissait les créanciers des lenteurs, des frais inséparables de l'union, ainsi que de la diminution de l'actif, qui est la conséquence inévitable d'une réalisation forcée : car, précisément parce que la réalisation est forcée, elle se fait à de mauvaises conditions; les spéculateurs profitent, pour acheter à vil prix, de la nécessité

à l'ordre public peut être insérée dans le traité qui intervient entre le failli et la majorité de ses créanciers, la validité du *concordat par abandon* devait être admise et l'était effectivement. Ainsi que le disait la Cour de Paris, dans les *considérants* de son arrêt du 9 juin 1849, « le Code de com-« merce ne contient pas les stipulations qui doivent être insérées dans le « traité qui intervient entre les créanciers et le débiteur; les parties sont « libres d'insérer celles qu'elles préfèrent, pourvu que ces clauses n'aient « rien de contraire à l'ordre public : elles peuvent, dès lors, choisir la « forme qui se rapproche le plus du contrat d'union, comme étant la plus « convenable à leurs intérêts. » Cet arrêt est cité dans l'*Exposé des motifs* du projet qui est devenu la loi du 17 juillet 1856. Comp. M. Bédarride, t. II, n° 849 *quater*.

(1) Comp., ci-dessus, p. 428.

où l'on est de vendre. Or, dans le concordat par abandon, les créanciers pouvaient adopter le mode de liquidation qui leur convenait le mieux, le régler comme bon leur semblait, et nommer des commissaires de leur choix pour y procéder, ce qui ne leur était pas possible en cas d'union. C'était là le grand avantage des concordats par abandon.

On avait contesté la validité des concordats dont il s'agit (1). Mais elle avait été reconnue par la jurisprudence. En effet, ces concordats n'étaient rien autre chose que l'application de cette règle que les créanciers peuvent insérer dans le concordat toutes les stipulations qui n'ont rien de contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (2).

Toutefois, comme cette forme de concordat n'avait pas été réglementée par le Code, qui l'avait, au contraire, passée sous silence, il était résulté de cette absence de toute disposition législative des inconvénients assez graves et assez nombreux, savoir :

1° Des inconvénients *pour les créanciers en général.* En effet, quand les commissaires nommés géraient mal, il était difficile de les révoquer ; on ne pouvait pas suivre la même marche qu'à l'égard des syndics (3), puisque la faillite était terminée par le concordat. Il fallait une décision de la majorité des créanciers, et il était très-difficile de les réunir ; les commissaires ne s'y prêtaient pas, et ils faisaient très-souvent échouer les tentatives émanées en ce sens des créanciers isolés.

En second lieu, comme il n'y avait plus de faillite, on ne pouvait pas suivre la marche prescrite aux syndics pour les répartitions (4) : elles se faisaient donc arbitrairement. Les commissaires, quand ils étaient créanciers, commençaient par prendre ce qui leur revenait; ils distribuaient le surplus

(1) Ainsi, on avait imaginé de dire qu'il y avait là un contrat d'union déguisé, ne présentant pas les garanties de l'union.

(2) Voy., ci-dessus, p. 478, note 2.

(3) Voy. l'art. 536.

(4) Voy. les art. 565 et suiv.

entre ceux des créanciers qu'ils connaissaient et auxquels ils portaient intérêt, et, quand les créanciers éloignés se présentaient, ils se trouvaient en face d'un débiteur complétement libéré par le concordat et de répartitions effectuées sans eux et à leur détriment.

Les conditions requises pour la publicité que doivent avoir en matière de faillite les avertissements à donner aux créanciers de se présenter, ces conditions n'étaient pas non plus applicables à la liquidation qui était la suite d'un concordat par abandon, et c'était un inconvénient de plus.

2° D'un autre côté, il y avait dans cet état de choses inconvénient *pour le failli*. En effet, quand il voulait se faire réhabiliter, il ne parvenait que très-difficilement, à raison de l'absence d'une comptabilité régulière, à reconnaître le montant des sommes réparties à titre de dividende entre ses créanciers et à en justifier.

3° Enfin, il y avait inconvénient *pour l'ordre public* : car les commissaires étaient fort peu disposés à intenter contre le failli des poursuites en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse, ou à signaler au ministère public les indices qui incriminaient la conduite du failli; et il n'y avait pas là un juge-commissaire pour suppléer à leur négligence ou à leur connivence.

Pour faire cesser ces inconvénients, pour mettre un terme à ces abus, il fallait donc réglementer les concordats par abandon, combler la lacune que présentaient à cet égard le Code de commerce et la loi de 1838. C'est aussi ce qui a été fait en 1856, par une loi en date du 17 juillet (1).

(1) La réglementation législative du concordat par abandon avait été sollicitée, à trois reprises (1850, 1851 et 1856), par le tribunal de commerce de la Seine. De plus, au commencement de 1850, M. Bravard avait proposé à l'Assemblée nationale législative d'ajouter ce qui suit à l'art. 519 du Code de commerce :

« S'il est fait abandon aux créanciers de tout ou partie de l'actif, le con-
« cordat contiendra la nomination de commissaires, chargés de procéder,
« sous la surveillance du juge-commissaire, à la liquidation de l'actif ainsi

Les auteurs de cette loi ont reconnu les concordats par abandon, et consacré ce double principe, que les biens abandonnés seraient soumis au régime de l'union, et que la personne du failli serait soumise au régime du concordat. Il y a donc ici une situation mixte, qui tient de ces deux situations opposées et qui constitue une sorte de terme moyen entre elles.

Au lieu de laisser au failli et aux créanciers, comme on l'avait fait jusque-là, le droit de régler eux-mêmes le mode de liquidation, d'adopter celui qui leur conviendrait le mieux, de l'approprier aux exigences de la situation dans laquelle ils se trouveraient, et de nommer eux-mêmes les commissaires qui seraient

« abandonné. La délibération qui leur conférera ce mandat en déterminera « l'étendue, et, autant que possible, la durée. La voie de l'opposition sera « ouverte aux créanciers dissidents.

« Les fonctions du juge-commissaire ne cesseront que lorsque la liquidation sera terminée et que le compte définitif de gestion aura été « rendu.

Il sera pourvu au remplacement, et, s'il y a lieu, à la révocation « des commissaires, de la manière prescrite par les art. 462, 529, 466 « et 467.

« Les commissaires pourront transiger sur toute espèce de droits « faisant partie de l'actif abandonné, mais en se conformant au 2e alinéa « de l'art. 487.

« L'art. 489 sera applicable aux deniers provenant des ventes et recouvrements.

« Les créanciers seront convoqués, au moins une fois par année, pour « entendre le compte de la gestion des commissaires.

« Lorsque la liquidation sera terminée, les commissaires rendront leur « compte définitif dans une dernière assemblée de créanciers, à laquelle le « failli, s'il y est autorisé par le juge-commissaire, pourra assister ou se « faire représenter. Ce compte sera débattu et arrêté contradictoire- « ment, en présence du juge-commissaire, qui dressera du tout procès- « verbal. »

Appuyée par le ministre de la justice (M. Rouher), cette proposition fut prise en considération dans la séance du 12 avril 1850. Elle fut ensuite renvoyée à une Commission spéciale, qui, après avoir choisi pour rapporteur M. Bravard lui-même, l'adopta avec quelques additions de peu d'importance. Enfin la proposition fut votée par l'Assemblée nationale, à la première et à la seconde délibération; elle était à l'ordre du jour, et, suivant toute apparence, elle allait être adoptée définitivement, lorsque l'Assemblée fut dissoute le 2 décembre 1851.

chargés de la liquidation (1), les auteurs de la nouvelle loi ont soumis purement et simplement les biens abandonnés au régime de l'union (2). Dès lors, ils ont fait disparaître tout intérêt pour les créanciers à adopter cette espèce de concordat : les créanciers y trouveront tous les inconvénients de l'union, puisqu'il faudra procéder, pour la réalisation et pour l'administration de l'actif, comme s'il y avait union. De plus, ils auront les inconvénients du concordat, puisque le débiteur sera libéré et même complétement libéré.

On ne voit donc pas comment des créanciers pourraient se

(1) Voy. notamment, à la note précédente, le projet présenté par M. Bravard et pris en considération par l'Assemblée nationale.

(2) Dans sa seconde délibération, celle de 1851, le tribunal de commerce de la Seine disait : « Nous avons eu soin de ne pas assimiler la liquidation « du *concordat par abandon* à la liquidation de l'*union*. Si nous avions cru « cette assimilation possible, nous eussions proposé une seule disposition, « ainsi conçue : *Dans le cas de concordat par abandon, le failli sera replacé « sous le régime du concordat, l'actif abandonné demeurera sous le régime « de l'union.* Telle avait été notre première pensée, mais dans laquelle il « nous a été impossible de persister après avoir approfondi la question. »

Mais en 1856 le tribunal a changé d'avis. Voici, en effet, ce que porte sa troisième délibération : « Nous croyons qu'il conviendrait d'appliquer à la « liquidation des concordats par abandon les articles qui régissent l'union : « ils sont en pratique depuis longtemps, ils nous paraissent offrir toute ga- « rantie, ils éviteraient toute conséquence imprévue. Il suffirait d'ajouter « au Code de commerce un article disposant qu'en cas de concordat par « abandon la liquidation de l'actif abandonné serait régie par les articles « applicables à l'union..... »

C'est cette dernière idée qui a été consacrée, peut-être sans beaucoup de réflexion, par le législateur de 1856.

Supposons qu'après qu'un concordat par abandon a été homologué les créanciers veuillent intenter une action en rapport d'un paiement nul aux termes de l'art. 446 : l'action devra-t-elle être intentée devant le juge du domicile du failli, par application de l'art. 59 du Code de procédure? Avant la loi nouvelle, la Cour de cassation s'est prononcée pour la négative, par un arrêt du 14 avril 1856, attendu que, dès qu'il est intervenu un concordat et que ce concordat est homologué, « les fonctions des syndics « cessent, ils rendent leur compte au failli, ils lui remettent ses biens, « livres, papiers et effets ; les fonctions du juge-commissaire cessent égale- « ment » (Dev.-Car., 56, 1, 492). Ce motif n'existe plus aujourd'hui, et il faut dire, en conséquence, que le juge du domicile du failli reste compétent jusqu'à ce que la liquidation de la faillite soit consommée.

placer dans cette situation, qui n'est qu'un état d'union aggravé par l'abandon de leurs créances. En rejetant purement et simplement le concordat, ils se trouveraient par là même en état d'union, et ils conserveraient un recours contre le débiteur pour tout ce qu'ils n'auraient pas réellement touché, — tandis qu'ils seront privés de ce recours en cas de concordat par abandon. Cela étant, on ne voit pas, je le répète, quels motifs pourraient déterminer les créanciers à voter un concordat par abandon.

Aussi, depuis la nouvelle loi, le nombre des concordats par abandon a beaucoup diminué, et il tend chaque jour à diminuer de plus en plus (1). La nouvelle loi, qui ne se proposait cependant que de régulariser les concordats par abandon, les a, par le fait, en quelque sorte supprimés, en ôtant aux créanciers tout intérêt à les voter.

La loi de 1856 mérite un autre reproche, moins grave assurément, mais qui prouve qu'elle n'a pas été suffisamment étudiée. On a rattaché les dispositions nouvelles à l'art. 541 du Code de commerce, qui refuse aux commerçants le bénéfice de la cession de biens judiciaire. Après cette disposition, qui formait à elle seule tout l'art. 541, on a ajouté ce qui suit : « Néanmoins « un concordat par abandon total ou partiel de l'actif du failli « peut être formé, suivant les règles prescrites par la Section II « du présent Chapitre. Ce concordat produit les mêmes effets « que les autres concordats (2); il est annulé ou résolu de la

(1) Cette dernière proposition n'est pas exacte. En effet, d'après le *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale en France*, sur 3849 faillites terminées en 1857 il y a eu 92 concordats par abandon, tandis qu'en 1861, sur 4433 faillites terminées, il y en a eu 271.

(2) Sauf qu'il ne rend pas au failli l'administration de ses biens, qu'il ne le remet pas à la tête de ses affaires. Il lui permet seulement de faire de nouvelles opérations, de conclure de nouvelles affaires; quant à ses biens actuels, son dessaisissement au profit de la masse est confirmé, il devient définitif.

A cela se rattache une conséquence fort importante. Lorsqu'il y a un concordat ordinaire, les art. 446 et 447 ne peuvent plus désormais être invoqués. Ils ne peuvent pas l'être par le failli : car la nullité qu'ils établissent n'existe que *relativement à la masse*. Ils ne peuvent pas davantage être

« même manière. La liquidation de l'actif abandonné est faite « conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'art. 529, aux

invoqués par la masse : car la masse a cessé d'exister. Au contraire, lorsqu'il y a concordat par abandon, la masse existe toujours, et rien ne s'oppose à ce que, par le ministère des syndics, elle invoque les art. 446 et 447. C'est ce que la Cour de Rennes a jugé, par un arrêt du 29 janvier 1861 : « Toutes les circonstances de la cause, dit la Cour, prouvent suffisamment « que, lorsqu'il a touché la somme de 3,000 fr., L. connaissait l'état de ces- « sation de paiements de M. : les premiers juges l'ont formellement re- « connu, et ils ont déclaré, par suite, que d'abord la demande formée par « le syndic avant le concordat était fondée et que le rapport de la somme « réclamée était alors dû à la masse en vertu de l'art. 447 du Code de com- « merce; cependant ils ont refusé de l'ordonner, parce que, par l'effet du « *concordat par abandon* intervenu entre M. et ses créanciers, la demande « du syndic était devenue non recevable, le rapport ne pouvant plus pro- « fiter qu'au failli, qui n'a jamais le droit de l'exiger. En statuant ainsi, les « premiers juges ont mal apprécié les positions respectives du failli et de « ses créanciers, méconnu le véritable caractère du concordat. En effet, « le concordat par abandon, prévu et réglementé par la loi du 17 juil- « let 1856, diffère essentiellement du concordat ordinaire : loin de replacer « le failli à la tête de l'administration de ses biens, comme le faisait l'an- « cien concordat, le concordat nouveau le dessaisit au contraire de son « actif pour le faire passer aux mains de ses créanciers, seuls chargés dé- « sormais, par le syndic leur mandataire, d'en poursuivre la vente et la « répartition; d'où il suit que le concordat par abandon participe du carac- « tère de l'union. Ainsi, la loi de 1856 veut que la liquidation de l'actif « abandonné à la masse soit faite conformément aux articles du Code de « commerce relatifs à l'union; comme en cas d'union, la masse continue « d'être représentée par un syndic, ayant les mêmes attributions, chargé « notamment de liquider les dettes actives, en vertu de l'art. 534 du Code « de commerce. Par l'effet du concordat intervenu entre M. et ses créan- « ciers, il y a eu pour eux prise de possession immédiate de tout l'actif de « la faillite, notamment de l'action en rapport déjà antérieurement dirigée « par le syndic contre L. : le syndic, maintenu dans ses fonctions et con- « tinuant de représenter la masse, a dû continuer aussi de poursuivre, « dans l'intérêt de ses mandants, l'exercice d'un droit devenu leur pro- « priété définitive : cela résulte des termes mêmes du concordat, dans le- « quel M. déclare abandonner l'actif de la faillite à ses créanciers, qui en « feront la liquidation et en toucheront le produit. Le rapport, demandé, « avant comme depuis le concordat, au nom et dans l'intérêt de la masse, « n'a jamais pu profiter qu'à elle, puisque la somme à rapporter a toujours « dû être encaissée par le syndic, pour ensuite être répartie entre ceux-là « seuls qui composent la masse; le failli ne peut en profiter que comme de « toutes les autres sommes encaissées par le syndic, à quelque titre que

« art. 532 à 536, et aux paragraphes 1 et 2 de l'art. 537 (1). « Le concordat par abandon est assimilé à l'union pour la « perception des droits d'enregistrement » (2).

Les dispositions sur les concordats par abandon sont donc présentées comme une exception à la règle qui refuse aux commerçants le bénéfice de la cession de biens. Le concordat dont il s'agit serait une espèce de rétablissement, au moins partiel, de cette cession (3). Or, rien n'est moins exact : il n'y a rien de commun entre la cession de biens et le concordat par abandon, soit quant au principe dont ils dérivent, soit quant aux effets qu'ils produisent. C'est ce qu'il est facile de montrer :

1° Pour le concordat, il faut l'assentiment de la majorité des créanciers, et même d'une double majorité, comme nous l'avons vu, — tandis que pour la cession de biens les créanciers ne sont pas même consultés, c'est le tribunal seul qui l'accorde ou la refuse (4).

2° Quant aux effets, la différence n'est pas moins grande. La

« ce soit, qui toutes ont également pour effet d'augmenter le dividende « revenant à chaque créancier et de diminuer ainsi la part que le failli aurait à fournir pour compléter le minimum garanti par lui et par sa caution, si ce minimum n'était pas atteint ou dépassé par la liquidation de « l'actif abandonné..... » (Dev.-Car., 61, 2, 245).

(1) Le renvoi ne comprend pas les art. 571-573, relatifs à la *vente des immeubles du failli*. Faut-il en conclure que le failli et les créanciers pourraient, par une clause formelle du concordat, exclure l'application de ces articles? Je ne crois pas que telle ait été l'intention du législateur.

(2) En principe, l'*union* et le *concordat ordinaire* ne sont assujettis qu'à un droit fixe de 3 francs (Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § III, n° 6; et Loi du 24 mai 1834, art. 14). Quant au *concordat par abandon*, la Cour de cassation (arrêt du 3 janvier 1820) y appliquait l'art. 69, § III, n° 3, de la loi de frimaire, d'après lequel tous transports ou cessions de créances à terme sont assujettis au droit de 1 pour 100. D'après la loi de 1856, le concordat par abandon, comme l'union et comme le concordat ordinaire, ne donnera plus lieu qu'au droit fixe de 3 francs.

(3) Comme nous le verrons, la cession de biens judiciaire a été supprimée pour les commerçants par la loi de 1838.

(4) Voy. les art. 1268 et 1270 du Code Napoléon, 898 et suiv. du Code de procédure, 568 et suiv. de l'ancien Code de commerce.

cession de biens ne libère le débiteur que de la contrainte par corps (1); le concordat par abandon, au contraire, le libère de son passif et de tout son passif, mais il ne le libère pas de la contrainte par corps, puisqu'il intervient au moment où le débiteur en est déjà affranchi par une autre cause, par le jugement déclaratif : tant que subsiste la faillite, comme nous l'avons vu, l'exercice de la contrainte par corps est suspendu (2).

On aurait donc dû rattacher les dispositions nouvelles sur les concordats par abandon, non pas à l'art. 541, auquel elles sont complétement étrangères, mais bien à l'art. 519, qui consacre en principe, comme un des notables effets du concordat, le rétablissement du failli à la tête de ses affaires. Les concordats par abandon sont une dérogation à ce principe, ils font exception à cette règle : car ils laissent les biens entre les mains des créanciers, et c'est en quoi ils diffèrent des concordats ordinaires. Par conséquent, la véritable place des dispositions nouvelles était à la suite de l'art. 519 : elles devaient y figurer, comme une exception à la règle qui est consacrée dans cet article (3).

Il y a une troisième situation dont il faut dire quelques mots, et qui, celle-là, est exclusive du concordat et de l'union. Elle suppose qu'il a été impossible de conduire la faillite jusqu'à l'époque indiquée pour qu'elle reçoive l'une ou l'autre de ces deux solutions. Quelle est l'hypothèse dont je veux parler? C'est celle où l'actif est tellement faible qu'il ne permet pas de subve-

(1) Voy. les art. 1270 du Code Napoléon, et 568 de l'ancien Code de commerce.

(2) Voy., ci-dessus, p. 148 et suiv.

(3) Ni dans le projet de M. Bravard, deux fois voté par l'Assemblée nationale, ni dans les trois projets successivement présentés par le tribunal de commerce de la Seine, les dispositions concernant les concordats par abandon n'étaient rattachées à l'art. 541. Et l'*Exposé des motifs* du projet de loi de 1856 n'explique aucunement pourquoi c'est à cet art. 541 que le Conseil d'État les a rattachées : loin de là, il est dit dans l'*Exposé des motifs* que le concordat par abandon présente avec la cession judiciaire une différence radicale.

nir aux frais nécessaires pour conduire la faillite jusqu'à l'époque du concordat ou de l'union. Alors sa marche est forcément suspendue, et il ne reste qu'à consacrer en droit ce qui existe en fait, en déclarant clôturées les opérations de la faillite. Il n'y avait pas d'autre moyen à prendre : car le Trésor est bien tenu de faire l'avance des premiers frais (art. 461), mais on ne pouvait pas mettre les autres à sa charge. On ne pouvait pas non plus obliger les créanciers, qui perdent déjà assez, à en faire l'avance. Il fallait donc reconnaître et constater l'impossibilité où l'on se trouvait de faire marcher la faillite, proclamer la nécessité de surseoir jusqu'à ce qu'on pût se procurer des fonds. C'est là l'objet du jugement de clôture (1).

L'ancien texte du Code n'avait pas réglé cette situation, et il en était résulté des inconvénients que la nouvelle loi a cherché à faire disparaître. Voici ce qui arrivait assez fréquemment : le débiteur qui avait cessé ses paiements, et de qui la faillite avait été abandonnée, en quelque sorte, faute de fonds, sans qu'il y eût eu concordat ou union, quittait la ville où il avait été déclaré en faillite, allait s'établir dans une autre, y faisait de nouvelles opérations, et, quand elles tournaient mal, il ne manquait pas de se prévaloir du jugement qui l'avait déclaré en faillite pour prétendre qu'on ne pouvait exercer contre lui la contrainte par corps. — On n'était pas non plus d'accord sur la validité des actes faits par le failli dans cet état, sur celle des engagements qu'il avait contractés.

C'est pourquoi les auteurs de la loi de 1838, éclairés par l'expérience, ont décidé que, si, à quelque époque que ce soit avant l'homologation du concordat ou avant la formation de l'union, le cours des opérations de la faillite se trouve arrêté par l'insuffisance de l'actif, le tribunal de commerce pourra, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des

(1) Voy., à cet égard, les art. 527 et 528. Ils forment dans la loi une Section particulière, intitulée *De la clôture en cas d'insuffisance de l'actif.*

opérations de la faillite (1). En cela, on s'est proposé un double objet :

D'abord, on a voulu pousser et même, en quelque sorte, contraindre le failli à faire tous ses efforts, à user de toutes ses ressources, pour se procurer la modique somme nécessaire à la continuation des opérations de la faillite : il devra recourir dans ce but, soit à ses parents et à ses amis, soit à son travail, à son industrie. En effet, le jugement de clôture aura pour conséquence de rendre aux créanciers l'exercice de leurs droits de poursuite contre la personne du failli (2) : ils pourront donc le contraindre par corps, et il n'aura d'autre moyen de se soustraire à cette voie de rigueur que de faire rapporter le jugement de clôture, en fournissant les fonds nécessaires aux frais des opérations qui restent à faire. C'est pour qu'il ait le temps de se les procurer que l'exécution du jugement de clôture sera suspendue pendant un mois à partir de sa date ; et, à toute époque, le failli ou tout autre intéressé pourra faire rapporter ce jugement, en justifiant qu'il existe des fonds suffisants ou en les consignant entre les mains des syndics (3).

Voilà pour ce qui concerne la personne du failli. Quant aux droits sur ses biens, les créanciers seront également relevés de

(1) Ce sont les termes mêmes de l'art. 527, 1er alinéa. — Dans le projet primitif du Gouvernement on disait que le tribunal pourrait prononcer *la clôture de la faillite*. A la demande de la première Commission de la Chambre des députés, on a mis *la clôture des opérations de la faillite*, afin de bien exprimer que la faillite elle-même subsiste avec les incapacités qui s'y rattachent.

Devant le tribunal de commerce de la Seine, en 1860, 532 faillites ont été terminées par concordat, 450 par liquidation de l'union, et enfin pour 246 les opérations ont été closes par insuffisance de l'actif; en 1861, 536 ont été terminées par concordat, 382 par liquidation de l'union, et enfin pour 321 les opérations ont été closes par insuffisance de l'actif.

(2) Dans la séance de la Chambre des députés, du 4 avril 1838, un amendement avait été présenté, aux termes duquel le jugement de clôture pouvait prononcer l'excusabilité du failli et par conséquent l'affranchir de la contrainte par corps à l'égard des créanciers de la faillite. Cet amendement n'a pas été adopté.

(3) Voy. l'art. 527 *in fine* et le 1er alinéa de l'art. 528.

la suspension forcée produite par le jugement déclaratif. Mais il y a là quelque chose de fort bizarre en apparence. L'art. 527 dit que chaque créancier rentre dans l'exercice de ses actions (le mot *actions* n'est pas exact, il faut le remplacer par le mot *poursuites*), de son droit de poursuite individuel, tant contre la personne du failli que sur ses biens. Or, cet article suppose qu'il a été rendu un jugement de clôture, par conséquent que l'actif est nul, tellement nul qu'il n'y a pas de quoi faire face aux frais nécessaires pour conduire la faillite jusqu'à l'époque du concordat ou de l'union : dès lors, cette réintégration des créanciers dans l'exercice de leurs droits de poursuite sur les biens n'a-t-elle pas quelque chose de dérisoire, puisqu'il n'y a pas de biens ? Qu'est-ce qu'on a voulu dire par là ? Le voici : on a considéré que les créanciers seront toujours plus nombreux que les syndics et plus actifs, et on a voulu qu'ils pussent, chacun de son côté, chercher à découvrir les biens que le failli pourrait avoir dans des lieux éloignés de celui où sa faillite a été déclarée, soit sous son nom, soit sous le nom de tierces-personnes, les biens qu'il pourrait avoir acquis par des actes sous seing privé non enregistrés, et qu'il n'aurait pas pour cette raison portés sur son bilan, etc.

Les créanciers pourront saisir ces biens et les faire vendre ; ils pourront en toucher le prix, qu'ils emploieront d'abord à se rembourser de leurs frais de poursuites (1), puis à la reprise des opérations de la faillite. Mais l'excédant, pourront-ils se l'attribuer en propre, le garder en paiement de ce qui leur est dû ? Il semble qu'ils le peuvent, puisqu'ils sont réintégrés dans l'exercice de leurs poursuites individuelles. D'un autre côté, il ne faut pas le perdre de vue, la faillite n'a pas cessé par le jugement de clôture : le dessaisissement subsiste toujours ; seulement, il ne protége plus le failli contre les poursuites de ses créanciers. Les rapports des créanciers entre eux sont toujours régis par le principe du dessaisissement, et, dès lors, l'un ne peut rien dis-

(1) Voy. l'art. 528 *in fine*.

traire de l'actif pour se l'attribuer en propre au détriment des autres. Chacun n'a plus droit qu'à une quote part de l'actif, proportionnelle à sa créance, — en un mot, n'a plus droit qu'à un dividende : donc, ce qui excédera les frais déjà faits par le créancier et la somme nécessaire pour faire face aux nouveaux frais qu'entraînera la reprise des opérations, sera versé dans la caisse de la faillite.

Cette question a été controversée et elle l'est encore. Mais elle doit être décidée dans le sens que je viens d'indiquer, et c'est aussi la solution qui a été donnée par le plus grand nombre d'auteurs et d'arrêts (1).

(1) En fait de décisions judiciaires, je me borne à citer un arrêt de la Cour de Paris, du 8 mars 1856, confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de la Seine. Un sieur C. ayant été déclaré en faillite, un jugement de clôture pour insuffisance de l'actif avait été rendu en 1844 ; en 1848, le père du failli fit donation à lui et à son frère d'une somme à partager entre eux ; le frère du failli, étant son créancier pour une somme de 9,000 fr., la retint sur sa part dans la donation. En 1850, le tribunal rapporte le jugement de clôture, et le syndic agit immédiatement contre le frère du failli pour qu'il ait à verser dans la masse les 9,000 fr. reçus par lui. Le syndic tirait de l'art. 528 *in fine* un argument qui, en effet, me paraît décisif : « La loi, disait-il, veut que les frais des poursuites exercées en vertu de l'art. 527 soient préalablement acquittés; or, si le créancier qui a exercé des poursuites a droit au remboursement des frais qu'il a faits pour obtenir paiement, c'est évidemment qu'il doit rapporter à la masse ce qu'il a touché : autrement, où serait la raison de l'indemniser de ses frais? » — Voici, au surplus, comment est motivé l'arrêt de la Cour : « La clôture n'a « pas pour effet de faire cesser l'état de faillite, mais d'en interrompre les « opérations, et de faire rentrer les créanciers dans l'exercice de leurs ac« tions individuelles. Si, par une corrélation nécessaire, le failli peut payer « individuellement les créanciers qui le poursuivent, il n'en résulte pas que « ces paiements doivent profiter exclusivement au poursuivant au préju« dice de la masse, lorsque le jugement de clôture est rapporté. En effet, « la faillite reprend son cours comme si elle n'avait jamais été suspendue, « et, par conséquent, les sommes touchées par les créanciers en vertu de « poursuites individuelles depuis la cessation des paiements constatée et « l'ouverture de la faillite déclarée doivent être rapportées à la masse; aux « termes de l'art. 528, les frais de poursuites seuls peuvent être conservés, « puisqu'ils doivent être acquittés préalablement..... » (Dev.-Car., 56, 2, 199).

Voy. aussi M. Renouard, t. II, p. 122 et 123. Mais M. Bédarride combat,

§ I. — DES ACTES QUI SONT LA CONSÉQUENCE DE L'UNION.

Quel est le but auquel tend l'administration des syndics dans cette période? Quant aux pouvoirs des syndics, il y a un con-

avec beaucoup de vivacité, la doctrine dont il s'agit: « On ne comprend « pas, dit-il, qu'on ait pu sérieusement agiter la question de savoir si, après « la reconstitution de la faillite, les créanciers payés dans l'intervalle sont « tenus de rapporter à la masse les sommes par eux reçues... L'obligation « de rapporter à la masse n'est et ne peut être que la conséquence de l'irré- « gularité ou de l'illégalité des paiements. Consacrer cette peine lorsque « l'acte n'a été que l'exercice d'un droit conféré par la loi elle-même, « c'est, non plus faire justice, mais méconnaître les plus simples notions « de la raison, de la morale, du droit lui-même...» (t. II, n° 702). Sans doute le créancier qui s'est fait payer n'a point contrevenu à la loi, et, par conséquent, M. Bédarride a raison de dire qu'il ne peut être question de lui infliger une peine. Mais s'ensuit-il que ce créancier devra toujours et nécessairement garder pour lui seul ce qu'il a reçu? En aucune façon. De deux choses l'une : ou le jugement de clôture n'est pas rapporté : alors il se trouve qu'un mois après ce jugement l'être collectif qu'on appelle *masse de la faillite* a définitivement cessé d'exister, que le créancier qui s'est fait payer a procédé pour son compte personnel et qu'ainsi ses frais de poursuite doivent rester à sa charge quand le débiteur est hors d'état de les rembourser. Ou bien au contraire le jugement de clôture est rapporté : alors il se trouve que la masse de la faillite a continué de subsister, que les différents créanciers ont joué en quelque sorte provisoirement et subsidiairement le rôle de syndics, qu'ainsi la somme touchée par l'un d'eux a été touchée pour le compte de la masse et qu'en conséquence la masse doit lui rembourser ses frais de poursuite. Non-seulement ce système ressort clairement de l'art. 528 *in fine*, mais je cherche en vain ce ce qu'il a d'injuste ou de déraisonnable.

— De même que le paiement obtenu par un des créanciers postérieurement au jugement qui a prononcé la clôture des opérations de la faillite devra être rapporté à la masse si cette masse se trouve plus tard reconstituée, de même cette masse ainsi reconstituée doit toujours primer, même sur les biens nouvellement acquis au failli, les tiers qui auraient traité avec lui dans l'intervalle dont il s'agit. Plusieurs fois la jurisprudence a eu à faire application de cette idée. Voici d'abord ce que je lis dans les *considérants* d'un jugement du tribunal de commerce de Rouen, du 10 janvier 1851 : « La faillite ne prend fin que par un concordat ou un contrat « d'union; un jugement de clôture des opérations de la faillite ne la fait

traste frappant entre la période de l'union et la période antérieure. Tant qu'on ne sait pas s'il y aura concordat ou union,

« pas cesser, mais en suspend seulement les opérations, lesquelles peu-
« vent être reprises sur un jugement qui rapporte celui de clôture, à la
« requête du failli ou de tout autre intéressé, en consignant aux mains des
« syndics somme suffisante pour payer les frais (art. 528); il résulte des
« termes mêmes de cet article que la faillite subsiste toujours, puisque les
« syndics restent en fonctions et que c'est entre leurs mains que doivent
« être versés les fonds nécessaires à la reprise des opérations. Un failli ne
« peut contracter valablement, pendant le cours de sa faillite, des obliga-
« tions qui en diminuent l'actif, au détriment des créanciers dont la posi-
« tion a été réglée par le jugement déclaratif. Le jugement de clôture est
« une aggravation de peine contre le failli, lequel se trouve en butte aux
« poursuites personnelles de ses créanciers, sans le relever des incapacités
« dont il est frappé par la faillite. Les personnes qui lui ont fait crédit
« connaissaient ou devaient connaître sa position : elles savaient ou de-
« vaient savoir qu'elles traitaient avec un homme qui n'avait la libre dis-
« position ni de sa personne ni de ses biens, qu'il était en état de faillite
« non terminée, conséquemment frappé d'une incapacité commerciale ab-
« solue. Le failli, sous le coup d'un contrat d'union, ne peut ni acquérir
« ni hériter, à quelque titre que ce soit, tant qu'il n'a pas payé l'intégralité
« des créanciers de sa faillite, lesquels ont privilége sur tout ce qui lui
« échoit, à l'exclusion de tous autres; or, si la loi est muette sur les dettes
« que peut contracter le failli pendant sa faillite, c'est qu'elle a voulu qu'il
« ne pût prendre d'engagements qu'avec l'autorisation des syndics et sous
« la surveillance du juge-commissaire, regardant comme nuls et sans
« valeur, relativement à la masse, les engagements personnels du
« failli..... »

Sur l'appel, la Cour de Rouen, par un arrêt du 21 mars 1851 : « Attendu
« qu'il s'est agi devant les premiers juges et qu'il ne s'agit en cause d'ap-
« pel que des biens advenus au débiteur failli, par succession, postérieure-
« ment au jugement déclaratif de faillite et à la clôture des opérations de
« cette faillite; — Que l'art. 442 de l'ancien Code de commerce, qui est la
« loi des parties, comprenait dans ses dispositions générales le dessaisisse-
« ment pour le failli, même des biens qui pourraient lui échoir pendant la
« faillite; que c'est ainsi que la jurisprudence avait interprété cet article;
« — Que l'art. 443, qui l'a remplacé dans le nouveau Code de commerce,
« en mentionnant spécialement cette sorte de biens, n'a pas établi un droit
« nouveau, mais a consacré par une disposition légale un droit reconnu
« par une jurisprudence généralement adoptée au moment de la discussion
« de la loi nouvelle; — Adoptant, au surplus, sur la portée des art. 527
« et 528, les motifs qui ont déterminé les premiers juges, — Confirme.....»
(Dev.-Car., 52, 2, 274).

Par application des mêmes principes, la Cour de Paris a jugé, le 18 dé-

les syndics ne peuvent faire que des actes qui laissent entière l'option que les créanciers auront à exercer entre ces deux manières de terminer la faillite, — que des actes dont le but est de la préparer à recevoir l'une ou l'autre de ces solutions, ou des actes ayant un caractère conservatoire et plus ou moins urgent. D'un autre côté, les syndics ne peuvent agir en général sans appeler le failli et sans se faire autoriser par le juge-commissaire : même pour la vente des objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente, les syndics sont tenus d'appeler le failli et d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire, qui détermine le mode de vente, qui décide si la vente se fera aux enchères ou à l'amiable (1). Au contraire, après l'union, les syndics sont affranchis de toutes ces entraves : ils peuvent, sans être tenus ni d'appeler le failli, ni de se faire autoriser par le juge-commissaire, vendre tout l'actif mobilier, et c'est à eux qu'il appartient de choisir entre la vente à l'amiable et la vente aux enchères (2). Leurs pouvoirs ont donc un caractère tout autre que dans la première période. Et il n'en pouvait être autrement : car le but qu'on se propose est tout différent. Il n'y a plus maintenant de ménagements à garder, il s'agit de réaliser l'actif, et les syndics sont véritablement alors des syndics définitifs, soit quant à leur titre, soit quant aux pouvoirs qui y sont attachés.

Aussi, dès le début de l'union, l'art. 529 veut-il que les créanciers soient consultés sur la gestion des syndics qui ont administré la faillite jusque-là, sur leur maintien ou leur remplacement, et que, sur le rapport du juge-commissaire, il soit rendu un jugement qui les continue dans leurs fonctions ou qui les remplace par d'autres (3).

cembre 1858, que le transport qu'un failli avait voulu faire de sa créance postérieurement au jugement de clôture devait être considéré comme nul à l'égard de la masse (Dev.-Car., 59, 2, 151).

(1) Voy. les art. 470 et 486; et, ci-dessus, p. 312-313, 335 et suiv.

(2) Voy. l'art. 534.

(3) Nous connaissons déjà le 1er alinéa de l'art. 529 (voy., ci-dessus,

Dans la même assemblée, les créanciers doivent être consultés sur un autre point, très-important pour le failli, à savoir, sur la conversion du secours provisoire qui lui a été accordé dès le début de la faillite (1), en secours définitif. Il faut bien que cette question soit vidée avant qu'il soit procédé à la réalisation ou au moins à la répartition de l'actif, puisqu'il s'agit de distraire de l'actif une certaine somme au profit du failli, à titre de secours (2). Qui sera chargé de statuer sur cette question? Elle

p. 476). Quant aux alinéas suivants, voici comment ils sont conçus : « Le « juge-commissaire consultera immédiatement les créanciers, tant sur les « faits de la gestion que sur l'utilité du maintien ou du remplacement des « syndics. Les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis d'un gage « seront admis à cette délibération. — Il sera dressé procès-verbal des « dires et observations des créanciers, et, sur le vu de cette pièce, le tri- « bunal statuera comme il est dit à l'art. 462. — Les syndics qui ne se- « raient pas maintenus devront rendre leur compte aux nouveaux syn- « dics, en présence du juge-commissaire, le failli dûment appelé. »

Nous savons (voy., ci-dessus, p. 86) qu'il y a là une grave innovation. D'après l'art. 527 du Code de 1808, les créanciers, après avoir formé un contrat d'union, nommaient eux-mêmes un ou plusieurs syndics définitifs; ils nommaient, de plus, un *caissier*, chargé de recevoir les sommes provenant de toute espèce de recouvrements. Le système actuel, suivant lequel les syndics définitifs, nommés, aux termes du 3e alinéa de l'art. 462, pour administrer en attendant qu'il y ait concordat ou union, sont, après que l'état d'union est proclamé, maintenus ou remplacés par le tribunal, ce système, dis-je, est dû à la seconde Commission de la Chambre des députés.

(1) Voy. l'art. 474, et, ci-dessus, p. 319.

(2) La loi n'a pas dit que les créanciers devraient être consultés sur la question du secours alimentaire dans la même assemblée où ils sont consultés sur l'utilité du maintien ou du remplacement des syndics. Mais évidemment il importe de ne pas multiplier les convocations : tels créanciers iront à une assemblée et ne retourneront pas à une seconde. Aussi habituellement c'est dans la même assemblée que l'état d'union est proclamé, et que les créanciers sont consultés tant sur l'utilité du maintien ou du remplacement des syndics que sur la question du secours alimentaire. Du reste, je ne crois pas que les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis puissent, comme tels, voter sur cette dernière question. Ici, de même que quand il s'agit du concordat, ils voteraient trop facilement une mesure dont les conséquences atteindront seulement la masse chirographaire. Je serais donc disposé à étendre par analogie au cas qui nous occupe la disposition de l'art. 508 *in fine*.

peut être envisagée à deux points de vue différents, comme question d'humanité, comme question d'intérêt pécuniaire; et, suivant qu'on s'attachera à l'un ou à l'autre de ces points de vue, on sera conduit à s'en référer à la décision du tribunal ou à celle des créanciers. Les rédacteurs du Code de commerce avaient vu là une question d'humanité : en conséquence, ils avaient voulu que le tribunal de commerce fût appelé à décider, tout à la fois, s'il serait accordé un secours et quelle en serait la quotité; le tribunal devait prendre en considération la conduite du failli, les charges de famille et autres dont il peut être grevé, et tenir compte aussi du plus ou moins de perte qu'il fait subir à ses créanciers (1). En 1838, c'est le système contraire qui a prévalu : on a vu là surtout une question d'intérêt matériel et pécuniaire. En conséquence, les auteurs de la loi de 1838 ont voulu (art. 530) que les créanciers fussent juges souverains de cette question : les créanciers devront être consultés à cet égard, et il ne pourra être accordé un secours qu'autant que la majorité des créanciers y aura consenti.

Mais, outre que le principe du Code peut paraître d'un ordre plus élevé, j'ajouterai même d'un ordre plus rationnel que le principe de la loi nouvelle, il y a dans la disposition de celle-ci quelque chose d'un peu incohérent : car, en même temps qu'elle subordonne à la volonté des créanciers la possibilité pour le failli d'obtenir un secours, elle attribue au juge-commissaire la fixation de la quotité de ce secours. Or, la quotité du secours et l'allocation du secours sont choses, en quelque sorte, non-seulement corrélatives, mais indivisibles : les créanciers ne peuvent pas voter l'allocation d'un secours sans savoir quelle en sera la quotité. Il y aura des créanciers qui seront très-dis-

(1) Ancien art. 530 : « S'il n'existe pas de présomption de banqueroute, « le failli aura droit de demander, à titre de secours, une somme sur ses « biens; les syndics en proposeront la quotité, et le tribunal, sur le rap- « port du commissaire, la fixera, en proportion des besoins et de l'étendue « de la famille du failli, de sa bonne foi et du plus ou moins de perte qu'il « fera supporter à ses créanciers. »

posés à accorder un secours jusqu'à telle limite, mais non au-delà de cette limite ; ils seront dans un grand embarras, dans une sorte d'impossibilité même de le voter, si on se borne à leur demander : « Êtes-vous d'avis qu'il doit être accordé un secours au failli? » sans en indiquer la quotité, et en laissant au juge-commissaire et au tribunal toute latitude pour la fixer comme bon leur semblera. Ces créanciers seront obligés ou de s'abstenir de voter ou de voter sans savoir quel sera le résultat de leur vote (1).

Ajoutons qu'on est forcé ici de s'en rapporter à la décision de la majorité des créanciers présents (2), créanciers qui peuvent être peu nombreux, de sorte qu'il y a là absence de garantie, tout à la fois pour le failli et pour les créanciers. C'était une des raisons qui avaient amené les rédacteurs du Code de commerce à préférer la compétence du tribunal à celle des créanciers. Le tribunal offrait des garanties d'impartialité qu'on ne trouve pas chez les créanciers dont l'intérêt est ici contraire à celui du failli, et c'est là encore une imperfection du système nouveau.

Nous avons à voir maintenant les autres actes qui sont la conséquence de l'union, et à nous occuper de divers incidents qui peuvent en ralentir la marche.

Le but vers lequel tend l'union, c'est la réalisation de l'actif. Mais il peut se rencontrer des circonstances où la réalisation immédiate de l'actif est difficile, où des obstacles de diverse nature s'y opposent; d'autres où cette réalisation immédiate serait désastreuse et, pour ainsi dire, moralement impossible. Y procédera-t-on néanmoins?

(1) La loi nouvelle n'exige pas qu'il y ait une demande de secours formée par le failli : le juge-commissaire, même d'office, doit consulter à cet égard les créanciers. Une fois que les créanciers ont consenti le secours, il reste à en fixer le chiffre, et cela ne regarde plus du tout les créanciers : le chiffre est proposé par les syndics, puis fixé par le juge-commissaire ; et, si la fixation du juge-commissaire n'est pas conforme à la proposition des syndics, ceux-ci peuvent recourir au tribunal de commerce.

(2) Le nouvel art. 530 le dit positivement, dans son 2e alinéa.

Supposons, par exemple, qu'il y a dans la faillite un grand établissement, une usine, une manufacture, qu'il est impossible de vendre, dans les circonstances présentes, à de bonnes conditions, même à des conditions raisonnables, et dont on pourrait, en continuant de l'exploiter, retirer des bénéfices : faudra-t-il vendre cet établissement, ou continuer de l'exploiter?

Le Code de commerce était muet à cet égard (1); c'était une lacune, et il importait de la combler.

La difficulté vient de ce que la faillite est entrée dans la période de l'union, ce qui a pour conséquence la réalisation de l'actif, de tout l'actif, puis sa répartition. Dès lors, si l'on continue l'exploitation, on va directement contre le but de l'union, et on retarde indéfiniment la liquidation de la faillite, liquidation que le législateur a autant que possible cherché à simplifier et à abréger.

Cependant, d'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que toutes les dispositions de la loi sur les faillites sont destinées à protéger les créanciers et le failli; et, quand ils ont un intérêt évident à ce que l'exploitation soit continuée, quand c'est le seul moyen pour eux d'éviter une perte peut-être plus considérable, il faut la continuer, et non pas vendre à tout prix. — Mais, pour se placer ainsi en dehors de l'union, en quelque sorte, il faudra qu'il y ait des inconvénients graves à éviter, des avantages importants à obtenir : qui donc sera chargé de constater l'existence de ces avantages et de ces inconvénients, de les apprécier et de décider s'ils sont suffisants pour autoriser à continuer l'exploitation? Ce seront les intéressés eux-mêmes, c'est-à-dire les créanciers.

Les créanciers seront donc consultés sur ce point. Mais ils ne pourront décider que la réalisation sera différée qu'à une majorité exceptionnelle, exorbitante, — à la majorité, non pas seule-

(1) L'ancien art. 528 disait, en termes absolus : « Les syndics poursuivront, en vertu du contrat d'union, et sans autres titres authentiques, la « vente des immeubles du failli, celle de ses marchandises et effets mobiliers..... »

ment des créanciers présents, mais de tous les créanciers, — à la majorité, non pas seulement en nombre, mais encore en sommes, et, bien plus, à la majorité tout à la fois des trois quarts en nombre et des trois quarts en sommes; de sorte que, quand cette double majorité existera, il sera évident qu'il est véritablement avantageux pour la masse de surseoir à la réalisation, et de procéder en attendant à l'exploitation (1).

L'art. 532 exige une garantie d'un autre genre contre les abus que pourraient commettre les syndics en continuant l'exploitation. Cet article veut que la délibération, laquelle offre déjà cette première garantie de la majorité des trois quarts en sommes et en nombre, fixe les sommes que les syndics pourront garder entre leurs mains à l'effet de pourvoir aux frais et dépenses, détermine l'étendue de leurs pouvoirs et en indique la durée. Cette fixation d'une durée, durée ordinairement restreinte, est une garantie de bonne gestion : car, à l'expiration du délai fixé, les syndics seront tenus de rendre leurs comptes et de demander le renouvellement de leur mandat, et ils ne l'obtiendront qu'autant que les créanciers seront satisfaits de leur gestion, — tandis que, si le mandat des syndics comme continuateurs de l'exploitation était illimité dans sa durée, il faudrait, au cas où ils géreraient mal, les révoquer, et cette révocation serait difficile à obtenir. En effet, l'expérience de chaque jour le constate, les créanciers et le tribunal éprouvent une certaine répugnance à frapper de révocation des administrateurs dont le mandat n'est pas expiré : car il en résulte une sorte de déshonneur, de flétrissure pour eux, et on ne se décide à la leur infliger qu'à la dernière extrémité. Le législateur de 1838 n'a pas voulu que les créanciers fussent placés dans cette situation à l'égard des syn-

(1) « Les syndics représentent la masse des créanciers et sont chargés de « procéder à la liquidation. — Néanmoins les créanciers pourront leur « donner mandat pour continuer l'exploitation de l'actif. La délibération « qui leur confère ce mandat... ne pourra être prise qu'en présence du juge-« commissaire et à la majorité des trois quarts des créanciers en nombre « et en sommes » (art. 532).

dics chargés de continuer l'exploitation. C'est pourquoi il a exigé que la délibération qui leur confère le mandat de continuer l'exploitation déterminât non-seulement l'étendue, mais encore la durée de ce mandat.

On pouvait encore désirer une garantie d'un autre genre : l'art. 532 l'a consacrée, en autorisant le failli et tous les créanciers dissidents à former opposition à la délibération (1). Du reste, cette opposition n'est point suspensive de l'exécution.

(1) Le premier projet du Gouvernement (1834) ne disait pas à quelle majorité la délibération pouvait être prise, de sorte que la simple majorité en nombre aurait été suffisante ; mais il réservait au failli et aux créanciers dissidents la voie de l'opposition. La première Commission de la Chambre des députés exigea la majorité des trois quarts en nombre et en sommes, et, voyant là une garantie convenable, supprima la faculté pour le failli et pour les créanciers dissidents de former opposition : « Donner à la mino-« rité opposante, dit M. Renouard dans son rapport, le droit de faire la « loi à la majorité consentante et d'imprimer sa direction et sa volonté à « la marche de la faillite et au système général de ses opérations, nous a « paru impossible. Nous avons cru rencontrer une garantie plus régulière « et aussi efficace, en exigeant une majorité plus considérable que pour « tout autre cas : non-seulement, comme dans le concordat, la majorité « des trois quarts en sommes, qui n'est jamais exigée en état d'union, « mais encore, pour la protection des petits créanciers, la majorité inusitée « des trois quarts en nombre. » La Chambre des députés n'adopta pas complétement l'idée de sa Commission : elle exigea bien la majorité des trois quarts en nombre et en sommes, mais, non contente de cette garantie, elle réserva de plus au failli et aux créanciers dissidents la faculté de former opposition.

Ainsi, dans le système de la loi, pour devenir obligatoire, la délibération dont il s'agit n'a pas besoin, comme celle qui accorde au failli un concordat, d'être homologuée par le tribunal; mais, sur l'opposition du failli ou d'un créancier dissident, le tribunal pourrait très-bien réformer et anéantir cette délibération. — La loi ne fixant aucun délai pour l'opposition, il s'ensuit qu'elle peut être formée indéfiniment. Du reste, il faut bien remarquer que, si, à l'expiration du mandat donné aux syndics, la majorité des trois quarts en nombre et en sommes ne se prononce pas pour une nouvelle continuation de l'exploitation, nous revenons par là même au droit commun, qui est la liquidation de tout l'actif.

Un créancier hypothécaire peut-il prendre part à la délibération que suppose l'art. 532, et serait-il lié par cette délibération? A cet égard, plusieurs distinctions me paraissent devoir être faites. D'abord si l'hypothèque n'existe pas sur l'établissement dont il s'agit de continuer l'exploita-

Il faudra donc, pour que l'exploitation continue, une sorte d'assentiment unanime, résultant du consentement des trois quarts en nombre et en sommes, et de l'acquiescement au moins tacite des autres créanciers et du failli, qui se seront abstenus de former opposition, ou dont l'opposition aura été reconnue mal fondée, et dont par conséquent l'adhésion sera remplacée par l'approbation de la justice elle-même.

Maintenant supposons que l'exploitation s'est continuée pendant un temps plus ou moins long, et voyons quels seront les effets des engagements qui auront été contractés, quels seront les droits des tiers qui auront traité avec les syndics, les droits des créanciers de cette exploitation continuée. Nous avons ici un principe à rappeler et à constater.

En général, les engagements contractés par les syndics en cette qualité ne les obligent pas, mais obligent la masse, c'est-à-dire l'actif (1). Ils ne s'étendent même pas à la personne des

tion, le créancier *comme hypothécaire* n'a aucun intérêt dans la question mise en délibération. Il y a bien un intérêt éventuel, pour le cas où son hypothèque ne lui procurerait pas un paiement intégral; mais je ne crois pas que cet intérêt éventuel suffise pour l'autoriser à prendre part à la délibération, sans que son vote implique renonciation à son hypothèque : le motif qui a dicté au législateur la disposition de l'art. 508 me paraît s'appliquer ici (voy. en ce sens M. Bédarride, t. II, n° 766). Maintenant supposons que l'hypothèque existe précisément sur l'établissement au sujet duquel on se demande s'il convient ou non d'en continuer l'exploitation. Alors, de deux choses l'une : ou la créance hypothécaire n'est pas échue (voy. ci-dessus, p. 156 et suiv.), et dans ce cas rien ne s'oppose à ce que le créancier prenne part à la délibération : il est le principal intéressé, mais néanmoins il serait lié par la décision prise ; ou bien la créance hypothécaire est échue, et alors le créancier peut poursuivre la vente nonobstant toute délibération des autres créanciers.

De ce que la loi permet au failli de former opposition, il faut évidemment conclure, avec M. Bédarride (t. II, n° 769), qu'il peut avoir à souffrir de la continuation d'exploitation. Si l'actif existant lors du jugement déclaratif est absorbé par suite de l'exploitation continuée, le failli ne pourra aucunement prétendre qu'il doit être considéré comme libéré jusqu'à concurrence du montant de cet actif.

(1) Les syndics sont des mandataires; or, aux termes de l'art. 1998 du Code Napoléon, « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contrac-« tés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné »

créanciers du failli, laquelle est en dehors de la masse. Les créanciers de la masse se font naturellement payer sur tout ce dont elle se compose, par préférence à tous les créanciers du failli. — Ce principe s'appliquera sans difficulté aux engagements contractés par les continuateurs de l'exploitation ; mais il ne pouvait suffire : car cette exploitation peut se prolonger pendant des années, contracter de nombreux engagements. Il peut y avoir là une opération qui, en elle-même, est en dehors des règles de la faillite et constitue une sorte de société entre les créanciers du failli ; or, en matière de contrats et de sociétés, chacun est tenu de ses engagements personnellement, et, par conséquent, indéfiniment, sur tous ses biens présents et à venir. La responsabilité restreinte, limitée à certaines choses ou valeurs, étant en dehors du droit commun, ne peut exister qu'en vertu d'une autorisation du gouvernement : elle est propre aux sociétés anonymes (1). Dès lors, on ne pouvait admettre cette responsabilité restreinte quand il s'agit, après l'union, d'une exploitation continuée : il fallait nécessairement qu'elle fît place, en l'absence de toute autorisation du gouvernement (2), au principe de la responsabilité personnelle.

Mais sur qui portera cette responsabilité personnelle ? Ce ne peut être sur le failli, puisque c'est sans lui et peut-être même malgré lui que la continuation de l'exploitation a lieu. Sans doute ses créanciers peuvent bien disposer de l'actif de sa faillite ; mais ils ne peuvent pas lui imposer, sans sa volonté, et, à plus forte raison, contre sa volonté, de nouvelles dettes dont il serait tenu sur ses biens à venir. Il n'est pas possible non plus que la responsabilité personnelle porte sur les créanciers dissidents : car il ne dépend pas des créanciers consentants de soumettre les dissidents à une responsabilité qui affecterait des biens non compris dans l'actif de la faillite, qui transformerait la

(1) Le Corps législatif vient de voter une loi relative à une nouvelle espèce de sociétés qu'on appelle *les sociétés à responsabilité limitée.*

(2) Nous devons ajouter aujourd'hui : « et en l'absence des conditions requises pour les *sociétés à responsabilité limitée.* »

position des dissidents à ce point que le créancier deviendrait débiteur. Ce ne sera donc que sur les créanciers consentants, qui doivent naturellement assumer la responsabilité de leur décision, et qui sont, eux, les véritables continuateurs de l'exploitation (1).

Reste à savoir si ces créanciers consentants seront tenus solidairement. Il est évident que non : car ce n'est pas spontanément qu'ils se sont placés dans la situation qui a amené les engagements dont ils sont tenus; ils ont obéi à une sorte de force majeure, de nécessité pour ainsi dire. D'ailleurs, ils ne se connaissent pas, ils ne se sont pas choisis, agréés : c'est le hasard seul qui les a réunis dans la même faillite. Voilà donc déjà deux raisons pour une de ne pas admettre la solidarité.

Enfin, il y avait, pour l'exclure, une autre raison, plus décisive encore, s'il est possible; c'est la disproportion qui existe dans la quotité de leurs créances respectives. Les uns peuvent être créanciers de 1,000 fr. seulement, d'autres de 10,000 fr., d'autres encore de 40,000 fr., de 100,000 fr. : dès lors, qu'y aurait-il de plus choquant que la solidarité entre deux créanciers dont l'un aurait une créance de 1,000 fr., et l'autre une créance de 100,000 fr.?

En somme, il était absolument impossible d'admettre la solidarité. C'est pourquoi les créanciers consentants seront tenus, aux termes de l'art. 533, dans les limites du mandat qu'ils au-

(1) « Lorsque les opérations des syndics entraîneront des engagements « qui excéderaient l'actif de l'union, les créanciers qui auront autorisé ces « opérations seront seuls tenus personnellement au-delà de leur part dans « l'actif..... » (art. 533).

Cette disposition existait déjà dans le projet primitif du Gouvernement (1834).

Ainsi, en définitive, les créanciers dissidents profiteront, comme les créanciers consentants, des bénéfices que peut donner la continuation de l'exploitation. Quant aux pertes, elles seront supportées d'abord par la masse, et ainsi les dissidents en souffriront comme les consentants; mais, en cas d'insuffisance de cette masse active de la faillite, la responsabilité personnelle atteindra seulement les créanciers consentants.

ront donné, et chacun en proportion de son intérêt, par conséquent pour une portion contributoire, et non pas pour le tout, ni même pour une égale portion du tout (1).

Une seconde hypothèse, à laquelle n'avaient pas non plus pourvu les auteurs du Code de commerce, est celle où la marche de la liquidation est entravée par des contestations. S'il fallait en poursuivre la décision devant les tribunaux par la voie judiciaire, il en résulterait des lenteurs et des frais qu'il est important d'éviter. Pour cela, il n'y a d'autre moyen que la transaction. Aussi les auteurs de la nouvelle loi ont-ils autorisé les syndics à transiger, soit avant, soit après l'union. Mais il y a une notable différence entre le cas où c'est après l'union que les syndics veulent transiger, et le cas où c'est avant l'union : avant l'union, l'opposition du failli suffit pour empêcher la transaction si elle est relative à des droits immobiliers, parce qu'elle pourrait rendre impossible ou difficile le rétablissement du failli à la tête de ses affaires, — tandis qu'après l'union, comme il faut réaliser tout l'actif, il n'y a plus de distinction à faire entre les meubles et les immeubles quant au droit qu'ont les syndics

(1) Dans la séance de la Chambre des députés du 4 avril 1838, M. Stourm avait proposé d'ajouter à la fin de l'art. 533 *sans solidarité entre eux*, et le *Moniteur* constate que l'article fut adopté avec cette addition. C'est sans doute par erreur qu'elle ne se trouve pas dans la loi. Quoi qu'il en soit, en présence du texte et par application des principes généraux, j'admets bien que les créanciers consentants ne sont pas tenus solidairement envers les tiers qui ont traité avec les syndics; mais, envers les syndics eux-mêmes, si les syndics ont fait des avances nécessaires pour l'exploitation, comment seront tenus ces créanciers? Aux termes de l'art. 532, les créanciers ont donné mandat aux syndics, et, en conséquence, il me paraît impossible de ne pas appliquer ici l'art. 2002 du Code Napoléon, qui est ainsi conçu : « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une « affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de « tous les effets du mandat. » L'un des créanciers peut donc être poursuivi et condamné pour la totalité de ce qui est dû aux syndics; maintenant, en ce qui concerne la contribution définitive des créanciers entre eux, il est clair qu'elle sera réglée par les art. 1213 - 1216 du Code Napoléon.

de transiger : le droit est général, mais subordonné aux mêmes formalités qu'avant l'union (1).

— Il y a une troisième hypothèse où des obstacles d'une autre nature pourraient entraver la liquidation ; et elle se rencontre souvent, dans presque toutes les faillites, surtout dans celles dont l'actif se compose principalement de créances ou autres choses incorporelles, comme dans les faillites de banquiers. Il est rare, en effet, que parmi les créances du failli il ne s'en trouve pas quelques-unes, et même un assez grand nombre, dont le recouvrement, au moins le recouvrement intégral, est à peu près impossible parce que les débiteurs sont insolvables ; et, si les syndics faisaient des poursuites rigoureuses, avaient recours à des saisies ou à des expropriations, il en coûterait plus à la faillite qu'elle n'en retirerait, elle serait constituée en perte. Il vaut donc mieux se contenter de ce qu'on peut obtenir des débiteurs et les tenir quittes du surplus. C'est là ce qu'on appelle *traiter à forfait*. C'est une faculté qu'il fallait accorder aux syndics, ou plutôt aux créanciers en état d'union, — mais avec des garanties qui prévinssent les abus qu'elle pourrait entraîner (2).

Il y a de l'analogie entre les traités à forfait et les transactions ; mais il y a aussi des différences essentielles. En effet, d'abord les deux choses se ressemblent en ce que, dans un cas comme dans l'autre, les créanciers sacrifient une partie pour sauver le surplus. Maintenant, dans le cas de transaction, ce sacrifice est déterminé par l'incertitude du droit, tandis que dans le cas de traité à forfait il l'est par l'incertitude de la solvabilité, par l'impossibilité du recouvrement intégral. Dans un cas, c'est

(1) « Les syndics pourront, en se conformant aux règles prescrites par « l'art. 487, transiger sur toute espèce de droits appartenant au failli, non- « obstant toute opposition de sa part » (art. 535). Comp., ci-dessus, p. 332 et suiv.

(2) Cette faculté était déjà consacrée par le Code de 1808. Le 1er alinéa de l'art. 570 nouveau est la reproduction presque littérale de l'art. 563 ancien.

une raison de droit, et dans l'autre, c'est une raison de fait qui détermine le contrat.

Voilà, en principe, la différence qui existe entre ces deux sortes d'actes.

Voyons maintenant quelles différences il y a quant aux conditions auxquelles l'un et l'autre sont soumis. Pour la transaction, l'initiative appartient aux syndics; la décision, au juge-commissaire ou au tribunal, suivant que l'objet en litige est d'une valeur plus ou moins grande (1). Pour le traité à forfait, l'initiative appartient à la masse, à l'union, dont chaque créancier peut, à cet effet, demander au juge-commissaire la convocation (2); et la décision appartient, non pas au juge-commissaire, mais toujours au tribunal lui-même, qui devra rendre un jugement accordant ou refusant l'autorisation de traiter à forfait.

Une autre différence entre les conditions requises pour la transaction et les conditions requises pour le traité à forfait, c'est que pour chaque transaction il faudra une autorisation spéciale du juge-commissaire, et subsidiairement, si l'intérêt est supérieur à 300 francs, une homologation du tribunal, — tandis que l'union pourra demander par une seule et même délibération, et le tribunal pourra accorder par un seul et même jugement, l'autorisation de traiter à forfait pour tous les droits, pour toutes les actions dont le recouvrement n'aurait pas encore été opéré (3).

Il existe encore une différence entre la transaction et le traité à forfait; c'est quant à l'époque où ces deux actes peuvent inter-

(1) Aux termes de l'art. 487, si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou qui excède 300 francs, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée par le tribunal.

(2) « Tout créancier pourra s'adresser au juge-commissaire pour provo-« quer une délibération de l'union à cet égard » (art. 570 *in fine*). Cette disposition n'existait pas dans le Code de 1808.

La Cour de cassation a jugé avec raison, le 17 décembre 1833, que la délibération sera prise à la simple majorité des créanciers votants. Voy. M. Bédarride, t. III, n° 1068.

(3) Cela ressort clairement de la rédaction de l'art. 570.

venir. Les syndics peuvent transiger à toute époque, aussi bien avant qu'après l'union; au contraire, tant que la faillite n'est pas entrée dans la période de l'union, il ne saurait être question de traiter à forfait. Traiter à forfait, c'est un moyen de remédier à l'impossibilité où l'on se trouve de recouvrer certaines parties de l'actif, et l'on ne pourra y recourir qu'autant que le moment final d'opérer ce recouvrement sera venu. Aussi l'article 570 dit-il : *L'union* (et non pas *les créanciers*) pourra se faire autoriser, etc. C'est donc là une opération qui suppose l'état d'union (1).

Le législateur ne pouvait pas se dissimuler que, quand bien même l'union aurait demandé l'autorisation de traiter à forfait, quand bien même le tribunal l'aurait accordée, il serait encore possible que ce traité n'eût pas lieu, parce que les débiteurs ne voudraient pas s'y prêter, ou feraient des conditions trop dures, inacceptables. Le législateur devait donner le moyen de lever

(1) Qu'il s'agisse de transiger ou de faire un traité à forfait, dans les deux cas la loi exige que le failli soit *dûment appelé*. Quelle est la sanction de cette règle? Le droit pour le failli (pour lui seul) de faire annuler la transaction ou le traité à forfait. La Cour de cassation, par un arrêt du 17 décembre 1833, l'a ainsi décidé dans une espèce où c'est un traité à forfait qui était intervenu; aujourd'hui elle déciderait certainement de même relativement à une transaction. — Mais, à un autre point de vue, n'allons-nous pas trouver une différence? La loi dit positivement que le failli aura la faculté de s'opposer à l'homologation de la transaction; pourrait-il également s'opposer à une transaction non sujette à homologation ou à un traité à forfait? La loi ne le dit pas; mais, du moment qu'elle exige que le failli soit appelé, cela me paraît impliquer pour lui la faculté de présenter ses objections contre l'acte projeté, c'est-à-dire, en d'autres termes, la faculté de former opposition. C'est aussi ce que la Cour de Nancy a jugé, par un arrêt du 16 mai 1860. La Cour dit avec raison « que les mots *dûment* « *appelé* ne peuvent s'entendre que dans ce sens que le failli est mis en « cause pour approuver ou contester, au point de vue de son intérêt per- « sonnel, une mesure qui peut avoir contre lui des conséquences plus ou « moins graves; qu'il est possible que, dans les créances à vendre à for- « fait, il en existe qui doivent être exceptées, parce qu'elles sont suscepti- « bles d'un recouvrement qui diminuera d'autant plus le passif du failli; « que le failli figure donc dans l'instance engagée devant le tribunal de « commerce comme une véritable partie qui doit jouir de tous les droits « qu'accorde la loi commune..... » (Dev.-Car., 60, 2, 490).

cette difficulté. Il n'y a, en pareil cas, qu'un moyen à employer : c'est de faire avec un tiers ce qu'on n'a pu faire avec le débiteur lui-même; c'est de céder à un tiers, moyennant le prix qu'on en pourra obtenir, la créance pour laquelle on n'a pas pu traiter à forfait avec le débiteur. Aussi les créanciers demandent-ils toujours, et le tribunal leur accorde-t-il, l'autorisation de traiter à forfait, et subsidiairement de céder la créance à un tiers. C'est pourquoi on a inséré dans l'art. 570 ces mots, qui n'ont pas d'autre objet, *et à les aliéner*. On pourra recourir à ce double expédient lorsqu'il y aura des créances à longue échéance ou conditionnelles (1).

(1) Il ne faut évidemment pas conclure du texte de notre art. 570 qu'aucun des droits du failli ne peut jamais être aliéné, dans la période de l'union, sans une autorisation du tribunal. La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Le 10 février 1854, le sieur B. vend au sieur P., à tant le kilogramme, 2,000 kilogr. de sa récolte de houblon pour chacune des années 1854, 1855 et 1856; l'acheteur est déclaré en faillite en avril 1854; les créanciers ayant été constitués en état d'union, le syndic, sans le concours des créanciers et sans aucune autorisation, cède au sieur C., moyennant 700 fr., le bénéfice du marché du 10 février 1854. Cette cession était-elle valable? Le 22 janvier 1856, jugement du tribunal de Toul, qui répond négativement. Mais, sur l'appel du cessionnaire, arrêt de la Cour de Nancy, du 7 juillet 1857, qui infirme par les motifs suivants :

« Attendu que le syndic tenait de la loi les pouvoirs nécessaires pour « passer l'acte de cession, qui n'avait d'autre but que de hâter le plus pos- « sible la liquidation des dettes actives du failli; que, si, dans la première « période des opérations de la faillite, alors que le failli peut encore espé- « rer d'être replacé par un concordat à la tête de ses affaires, le syndic « n'est qu'un simple administrateur chargé de conserver l'actif du failli, « s'il ne peut alors en disposer qu'en cas d'urgence et avec l'autorisation « du juge-commissaire (art. 470 et 486 du Code de commerce), il n'en est « plus de même lorsque, par le refus d'un concordat, les créanciers placés « en état d'union sont autorisés à disposer de l'actif du failli, et que le « syndic, devenu leur mandataire, est appelé à réclamer l'actif et à l'em- « ployer à leur profit; que la loi n'exige plus alors que le syndic agisse « sous l'autorisation écrite et formelle du juge-commissaire, mais seule- « ment sous sa surveillance et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli « (art. 534); — Attendu que cette distinction, faite par les auteurs, a été « nettement exprimée par le Gouvernement dans l'*Exposé des motifs* qui a « précédé l'adoption de la nouvelle loi des faillites du 28 mai 1838; qu'on « lit, en effet, dans cet *Exposé* qu'il est impossible de ne pas maintenir la

Il est clair que l'exécution de l'autorisation demandée et ob-

« ligne de démarcation qui sépare le syndicat provisoire du syndicat définitif, — les représentants de l'union des créanciers vérifiés et investis « de pleins pouvoirs, et les hommes que le tribunal aura choisis dans « les premiers moments pour leur confier une mission provisoire et « bornée.....

« Attendu que les héritiers B. invoquent en vain l'art. 570 du Code de « commerce, aux termes duquel l'union doit se faire autoriser par le tribunal, le failli dûment appelé, à traiter à forfait de tout ou partie des « droits ou actions dont le recouvrement n'aurait pas été opéré et à les « aliéner; — Que cet article est sans application à la cause; qu'il suppose « les opérations de la faillite terminées, toutes les créances recouvrables « réalisées par les soins du syndic; qu'il permet alors à l'union, pour en « finir, de traiter ainsi à forfait, moyennant un prix quelconque (ordinairement inférieur à leur valeur nominale), des créances que leur mandataire légal n'a pu faire rentrer par les voies ordinaires; que, dans la « cause actuelle, il ne s'agit pas d'une créance irrecouvrable aliénée à vil « prix, mais d'un marché souscrit par une personne solvable, et qui a été « cédé par le syndic avec bénéfice pour les créanciers; qu'il n'y a là, évidemment, qu'un de ces actes de gestion ou de liquidation que l'article 534 permet au syndic sous la simple surveillance du juge-commissaire, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli ni de réclamer l'intervention du tribunal..... »

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes, le 23 février 1858 : « Attendu que les dispositions des art. 486 « et 534 régissent deux situations très-différentes; que le premier de ces « articles règle les droits et les obligations des syndics dans la période de « la faillite qui précède le concordat ou, à défaut de concordat, le contrat « d'union; que, dans cette période, les syndics représentent, tout à la fois, « la masse des créanciers ainsi que le failli lui-même, et que c'est pour « sauvegarder tous ces intérêts et tous ces droits, souvent distincts et « quelquefois opposés, que cet article exige que les opérations qu'il pres- « crit ne puissent s'accomplir qu'après avoir entendu ou appelé les parties, et avec l'autorisation du juge-commissaire; — Que l'art. 534, édicté « pour la situation que le contrat d'union fait aux créanciers, n'exige plus « pour les mêmes opérations ni la présence du failli, désormais étranger « aux opérations de l'union, ni l'autorisation du juge-commissaire; que « cet article impose seulement la surveillance de ce magistrat;.... — Attendu qu'on ne peut opposer les dispositions de l'art. 570, qui ne sont « faites que pour le cas où il s'agit de traités à forfait sur des valeurs dont « le recouvrement est douteux et qui forment comme un résidu de l'actif, « qu'on ne peut réaliser qu'à l'aide de sacrifices que la prudence de la loi ne « devait autoriser que sous la sanction et la garantie du tribunal... . » (Dev.-Car., 58, 1, 600).

tenue rentrera dans les attributions des syndics. Aussi l'art. 570, 1er alinéa, se termine-t-il par ces mots : « Les syndics feront « tous les actes nécessaires. »

Une dernière hypothèse, se rattachant au même ordre d'idées, et qui se présente tous les jours, a fixé l'attention du législateur. Malgré toutes les précautions qu'il a prises pour faciliter et pour accélérer les opérations de la faillite, il arrive cependant très-souvent que cette liquidation se prolonge pendant plusieurs années, parce qu'il y a de nombreuses difficultés à résoudre pour régler les droits de la femme, pour régler le prix des immeubles ; il y a des ordres à ouvrir dans des lieux éloignés, des contestations élevées entre les créanciers qui y figurent, soit les uns à l'égard des autres, soit à l'égard de la femme du failli ou des tiers envers lesquels elle s'est engagée et qu'elle a subrogés à son hypothèque, etc. (1). Est-ce que pendant tout ce temps les syndics n'auront aucune communication à faire aux créanciers, qui resteraient ainsi étrangers à la connaissance des causes qui retardent la liquidation? Ce serait un grave inconvénient, et l'art. 536 nouveau y a pourvu en décidant que les créanciers devraient être convoqués au moins une fois dans la première année; quant aux années suivantes, ils seront convoqués si le juge-commissaire le juge convenable. Le droit du juge-commissaire à cet égard est illimité : il peut ordonner plusieurs convocations dans la même année s'il les croit utiles; mais il ne peut se dispenser d'en ordonner au moins une la première année. Dans ces assemblées, les syndics devront rendre compte de la situation aux créanciers; de plus, et c'est là ce qui fait que cette disposition ne s'observe pas dans la pratique, les créanciers sont appelés à donner leur avis sur leur maintien ou leur remplacement (2).

(1) Nous nous en occuperons spécialement à propos des art. 572 et 573.

(2) D'après le Code de 1808 (art. 562), l'union des créanciers était con-

En résumé, le but de l'union est la réalisation de l'actif et sa répartition. Mais elle peut être forcée de s'écarter de ce but, parce qu'elle se trouve en présence d'un empêchement de force majeure (c'est le cas où une partie importante de l'actif, une usine, par exemple, ne peut être réalisée sans une perte considérable) ; ou bien des obstacles de diverses sortes peuvent entraver sa marche et ne lui permettre d'arriver que lentement et tardivement à son but, et il fallait fournir aux syndics le moyen de triompher de ces obstacles ou de les tourner ; enfin, par la nature des éléments dont se compose la faillite, par les complications qu'elle présente, la marche de la liquidation peut être fort lente et se prolonger pendant des années avant d'arriver à son dernier terme : il y avait encore des dispositions à prendre pour ce cas, qui est le troisième de ceux que j'ai passés en revue et auxquels se réfèrent les art. 532 et 533, 487 et 535, 570, et finalement l'article 536.

Avant d'expliquer en détail les dispositions relatives à la vente, à la réalisation de l'actif, — et il n'en existe que pour les immeubles (1), les syndics ayant pour les meubles des pouvoirs à peu près illimités et discrétionnaires, — et les dispositions relatives à la répartition (2), il faut parler de certaines actions qui

voquée, à la diligence des syndics, seulement lorsque la liquidation était terminée.

La rédaction primitive de notre article 536 voulait que les créanciers en état d'union fussent convoqués, au moins une fois chaque année, par le juge-commissaire. Dans la seconde discussion de la Chambre des députés, M. Stourm proposa un amendement aux termes duquel c'est seulement pendant la première année qu'il doit nécessairement y avoir au moins une convocation des créanciers, et cet amendement a été adopté. « On sait « très-bien, disait M. Stourm, que, dans les faillites où il y a contrat d'u- « nion, l'actif est peu de chose. L'obligation de convoquer les créanciers « une fois par an exige une dépense assez considérable chaque année. »

(1) Voy. dans la loi le Chapitre IX (art. 571-573), intitulé *De la vente des immeubles du failli.*

(2) Chapitre VIII (art. 565 et suiv.), *De la répartition entre les créanciers et de la liquidation du mobilier.*

doivent être exercées avant que l'actif soit réalisé, et il faut reconnaître les droits des différents créanciers.

§ II. ACTIONS QUI DOIVENT ÊTRE EXERCÉES AVANT LA RÉALISATION.

Les actions qui doivent être exercées avant la réalisation de l'actif, ce sont celles qui ont pour objet certaines choses qui se trouvent de fait dans l'actif du failli, mais qui ne lui appartiennent pas, dont il a seulement la possession ou la détention et dont un autre a la propriété. On comprend que je veux parler des *actions en revendication* ou *demandes en distraction*. Elles peuvent être exercées à toute époque, c'est-à-dire depuis le début de la faillite jusqu'à l'union; mais, après l'union, si elles peuvent encore être intentées, ce n'est qu'autant que l'objet auquel elles s'appliquent n'est pas vendu : car il ne pourrait être repris entre les mains des tiers (1).

Dans quels cas ces actions se rencontreront-elles? Dans une foule de cas, dont j'indiquerai seulement les principaux, par forme d'exemples.

Ainsi, en général, les enfants, les commis d'un commerçant demeurent chez lui; et, quand il vient à faire faillite, ces commis et ces enfants ne manquent pas de revendiquer contre les syndics et de se faire remettre leur mobilier personnel. — De même, si un ami du commerçant lui avait prêté son cheval et

(1) Dans cette dernière phrase, M. Bravard ne s'exprime pas avec une exactitude parfaite. En effet, il est possible qu'avant l'union un objet susceptible d'être revendiqué par un tiers ait été vendu conformément à l'article 486 : pourra-t-il donc être revendiqué contre le tiers-acquéreur? Évidemment non : le tiers-acquéreur est à l'abri de la revendication aussi bien quand la vente lui a été faite avant l'union que quand elle lui a été faite depuis. Ce qui est vrai, c'est que la vente n'a lieu qu'exceptionnellement avant l'union, tandis qu'elle est le droit commun une fois que l'état d'union a été proclamé; et voilà l'idée dont M. Bravard était préoccupé.

sa voiture, il pourrait les revendiquer : car il n'a pas cessé d'en être propriétaire. — De même, en supposant que le failli avait vendu valablement des marchandises, non pas *in genere*, comme quantité, mais comme corps certain et déterminé, et qu'il ne les avait pas livrées, l'acheteur pourra les revendiquer contre les syndics (en en payant le prix, si la vente ne contenait pas de terme ou que le terme soit échu) : car la vente, chez nous, transfère la propriété sans tradition; ces marchandises se trouvent donc dans les biens, dans le patrimoine de l'acheteur, et non dans le patrimoine du vendeur (1). — Enfin, quand le commer-

(1) Ceci n'est pas universellement admis par les auteurs. Voici notamment comment s'expriment MM. Delamarre et Lepoitvin : « Selon le Code « Napoléon, le transport de la propriété n'exige pas que le contrat soit « préalablement exécuté, même de la part du vendeur : la transmission « s'opère *a priori*, par le seul effet de l'obligation (art. 711). Mais, malgré « les efforts tentés, à diverses reprises, pour l'y introduire, le droit mar- « chand n'admit ni n'admettra jamais ce spiritualisme du droit civil, plus « voisin qu'il ne le paraît du socialisme. Il ne le pouvait pas sans favoriser « la fraude et détruire l'égalité. Dans les achats et ventes du commerce, « lequel ne vit pas d'idéologies, la propriété s'acquiert par la tradition, « qui est la fin et la consommation du contrat » (*Traité de droit commercial*, t. VI, n° 86).

Du reste, MM. Delamarre et Lepoitvin admettent des *traditions virtuelles* comme ne transmettant pas moins la propriété, à l'égard de tous, que la tradition effective. « La vente d'un corps certain, disent-ils, ne peut « être conclue que dans l'une des circonstances suivantes : Ou la marchan « dise voyage actuellement, — ou elle se trouve, soit au loin sans voyager, « soit en mains tierces, — ou chez le vendeur, — ou chez l'acheteur. Cha- « cun de ces cas exige une courte explication :

« Si la marchandise voyage, et qu'elle soit vendue sur facture et con- « naissement ou lettre de voiture, la tradition n'en peut être effective, « puisque le vendeur ne l'a pas matériellement. Mais la transmission du « titre est un fait qui met cette chose à la disposition du cessionnaire; « c'est là une tradition virtuelle, une livraison pure de toute fiction et « d'autant plus efficace que la chose ne pourra plus être possédée que par « le porteur du connaissement ou de la lettre de voiture.

« Si la chose est au loin, il est encore évident qu'il n'en peut être fait « une tradition effective. Mais, la coutume commerciale et la loi civile « elle-même (art. 1606) tenant compte de cette impossibilité, l'acheteur est « virtuellement *livré* par la mise de la chose à sa disposition, autant qu'elle « était à la disposition de l'ancien propriétaire.....

« Quand la marchandise est en mains tierces, il faut distinguer. La tradi-

cant aujourd'hui en faillite a fait un prêt sur nantissement, l'emprunteur peut, en remboursant la somme par lui due, se faire restituer les objets qu'il a donnés en nantissement, les revendiquer.

« tion est virtuelle, avec dispense pour le vendeur d'une tradition effec-
« tive, si le contrat est pur de tout ordre au dépositaire d'effectuer la dé-
« livrance. Pendant que j'étais le maître, je pouvais posséder par autrui
« depuis notre contrat, le dépositaire possède pour le nouveau maître.
« Mais, s'il est convenu que je donnerai au dépositaire un ordre de déli-
« vrance, c'est une preuve évidente que la possession me reste.....

« Enfin, si vous me vendez la montre que je détiens à titre de louage ou
« d'emprunt, la tradition effective ne pourrait m'en être faite qu'au moyen
« d'un jeu d'enfant, qui consisterait de ma part à vous la rendre d'une
« main pour la recevoir de l'autre. *Vice versâ*, lorsque, en achetant vo-
« tre machine à tisser, je vous la laisse avec le mandat d'y faire des ré-
« parations, sa tradition effective serait encore le même enfantillage. Dans
« cette double hypothèse, il s'opère une tradition virtuelle, *mutatâ causâ*
« *possessionis :* la mienne, qui était précaire, se change en une possession
« *animo domini*, et la vôtre subit le changement inverse..... Si l'objet
« vendu est laissé, à quelque titre précaire, aux mains du vendeur, nulle
« difficulté quand la convention est expresse. Une convention tacite pro-
« duit le même résultat; le difficile est de s'assurer que la convention existe.
« En général, rendre l'acheteur maître d'enlever la chose à l'instant, c'est
« lui en faire une tradition virtuelle..... » (*op. cit.*, t. IV, nos 220 et suiv.).

Je ne veux pas réfuter en détail cette théorie. Je me borne à deux observations bien simples. La première, c'est que, si en droit civil la tradition a cessé d'être un mode de transmission de la propriété, nous ne pouvons pas admettre, d'une manière générale, en l'absence d'un texte formel, qu'il en est autrement en matière commerciale. La deuxième est que la nécessité de la tradition ne serait plus un moyen de protéger les tiers et de déjouer la fraude, du moment qu'on reconnaît avec MM. Delamarre et Lepoitvin que la tradition peut résulter d'une simple clause, *expresse* ou *tacite*, insérée dans le contrat de vente.

M. Massé paraît être d'avis (du reste, il ne développe pas sa doctrine que, soit en matière civile, soit en matière commerciale, l'acheteur d'un meuble ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la tradition. Voici, en effet, comment il s'exprime : « C'est par la livraison que le « créancier est saisi de la chose à l'égard des tiers, auxquels jusque-là ne « peut être opposé le contrat qui lui en a antérieurement transféré la pro-« priété » (*Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, t. III, no 1596). Cette doctrine repose sur une mauvaise interprétation de l'article 1141 du Code Napoléon; elle a été repoussée par la Cour de Rennes, le 8 avril 1839, et par la Cour de Bourges, le 25 janvier 1841 (Dev.-Car., 46, 1, 551). Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. II, § 174, note 7.

Le législateur s'est occupé spécialement de deux cas qui méritent de fixer particulièrement l'attention. Ces deux cas sont : 1° le cas de dépôt, et 2° le cas de consignation, compris tous les deux dans l'art. 575 (1). Occupons-nous successivement de ces deux cas.

Le dépôt n'est pas translatif de propriété : les objets qui se trouvent à ce titre entre les mains du failli ne lui appartiennent donc pas et ne sont pas le gage de ses créanciers : le déposant pourra donc les revendiquer. Ce sera à ce déposant à prouver le droit de propriété qu'il allègue : car il est demandeur; d'ailleurs, la possession fait présumer la propriété, et la possession se trouve du côté du failli.

Mais ici se présentait une difficulté, qui pouvait être diversement résolue, et qui l'a été, par le Code de commerce et par la loi actuelle, dans le sens le plus conforme aux intérêts des créanciers et du failli :

Quand la chose déposée existera en nature, le déposant pourra sans aucun doute se la faire restituer, en prouvant l'identité. Lors, au contraire, qu'elle aura subi une transformation, et qu'elle existera non pas en nature, mais sous une autre forme, pourra-t-il encore la revendiquer sous cette forme nouvelle? — On pourrait également se demander si le déposant aura le droit de revendiquer la chose qui aurait été achetée avec le prix de celle par lui déposée (2). A ne consulter que les considérations générales d'équité, on dirait : « Puisque l'objet que le déposant revendique provient de sa chose, il doit être admis à le reprendre, comme il aurait repris sa chose elle-même. » Mais ce serait s'écarter du principe de l'égalité, qu'il faut, au contraire, maintenir aussi rigoureusement que possible quand le débiteur

(1) L'art. 575 de la loi nouvelle correspond à l'art. 581 du Code de 1808 et contient au fond la même disposition.

(2) Le dépositaire, comme tel, n'a pas le droit de vendre; mais, s'il a vendu et livré à un tiers de bonne foi, celui-ci est protégé par la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre.* C'est ce que M. Bravard lui-même va indiquer dans un instant.

est en faillite. Ce serait, d'ailleurs, fausser le principe de la revendication fondée sur un droit de propriété : car ce droit est restreint et limité à la chose même qui en est l'objet, et ne s'étend pas à des choses distinctes et indépendantes en elles-mêmes de celle-là.

Ainsi donc il n'est pas douteux que, si la chose déposée avait été vendue, et qu'une autre chose eût été acquise avec le prix de celle-là, le déposant ne pourrait revendiquer cette autre chose qui ne lui a jamais appartenu (1).

Il y aurait eu, ce semble, plus de difficulté, si la chose déposée avait seulement subi une transformation ; si, par exemple, du lin avait été transformé en fil ou en toile, des grains en farine : le propriétaire du lin ou du blé pourrait-il revendiquer la farine ou la toile ou le fil en provenant? On aurait pu hésiter ; mais la loi, dans l'art. 575, a tranché la question contre la revendication, qu'elle n'admet qu'autant que les choses existent en nature, et que, par conséquent, elle refuse quand les choses existent sous une autre forme. Évidemment, on ne peut pas dire que le grain ou le lin existent en nature quand ils ont été transformés en farine ou en toile (2).

En deux mots, la revendication ne peut pas s'exercer par équipollence, ni par voie de subrogation réelle, de substitution d'une chose à une autre. Elle n'est possible qu'autant que la chose existe en nature.

Je passe au cas de consignation.

La consignation diffère du dépôt proprement dit, en ce qu'elle implique le mandat de vendre, tandis que le dépôt implique seulement le mandat de conserver (3). Voilà, en principe, la différence

(1) Voy. en ce sens MM. Bédarride (t. III, n° 1127), Alauzet (t. IV, n° 1898), Delamarre et Lepoitvin (t. III, n° 213 *in fine*).

(2) Comp. MM. Delamarre et Lepoitvin (t. III, n°s 208 et suiv.).

(3) La loi prend le mot *consignation* dans un sens très-large, comme comprenant aussi bien le cas où une chose est simplement déposée entre les mains de Paul que le cas où elle lui est remise pour qu'il la vende. En effet, l'art. 575 parle de *marchandises consignées au failli* A TITRE DE DÉPOT *ou pour être vendues pour le compte du propriétaire.*

Quand M. Bravard dit que le dépôt proprement dit implique le mandat

qui les distingue; et elle en entraîne une corrélative, quant aux effets de l'un et de l'autre de ces contrats. Effectivement, si le consignataire a vendu les objets à lui consignés, quand même il ne les aurait pas livrés à l'acheteur, le consignateur ne pourrait pas les revendiquer : car il avait donné mandat de les vendre, et la vente faite en exécution de ce mandat a transféré la propriété à l'acheteur, comme si elle avait été faite par le mandant lui-même, — tandis que la vente faite par le dépositaire ne peut pas transférer à l'acheteur plus de droit que le dépositaire n'en avait lui-même; et, pour que la revendication du déposant fût écartée, il faudrait que la vente eût été suivie de tradition, et que l'acheteur pût se retrancher derrière la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre* (1).

Ici se présente une question importante, que l'on peut discuter

de conserver, il ne s'exprime pas d'une manière rigoureusement exacte : car le dépositaire est tenu moins sévèrement que le mandataire (comp. les art. 1927 et 1992 du Code Napoléon).

(1) M. Bédarride a imaginé une application de cette maxime à laquelle personne probablement n'a jamais songé et que pour ma part je ne crois pas nécessaire de réfuter. Il se demande si, la marchandise vendue par le failli n'ayant pas encore été livrée au moment de la faillite, le propriétaire pourrait s'opposer à son enlèvement postérieur : « La réponse doit être « négative, dit-il avec raison, lorsque la marchandise avait été consignée « pour être vendue. Mais il en est autrement pour la marchandise confiée « à titre de dépôt... : on devrait déclarer la vente nulle et consacrer l'op- « position que le déposant ferait à la livraison ultérieure. » Évidemment M. Bédarride devait s'en tenir à cela. Mais il ajoute cette singulière restriction : « Cependant, si l'acquéreur de bonne foi avait payé le prix de son « acquisition, il y aurait injustice à le rendre victime d'un fait qu'il a « ignoré et auquel il est resté complétement étranger. A son tour, il pour- « rait alléguer qu'en fait de meubles la possession vaut titre, et qu'il n'é- « tait pas tenu de s'enquérir de l'origine de celle de son vendeur. En- « tre lui et le déposant, il n'y a pas à hésiter : celui-ci a au moins le tort « d'avoir mal placé sa confiance. Le préjudice qui résulte de son erreur « personne autre que lui ne peut le supporter. La vente devrait donc sor- « tir à effet. — D'ailleurs, dans ce cas, quoique la marchandise fût maté- « riellement entre les mains du failli, il serait vrai qu'il en aurait à tout « jamais perdu la propriété légale. Or c'est celle-ci surtout qu'il faut con- « sidérer pour apprécier s'il y a lieu ou non à revendication » (t. III, n.os 1124 et 1125).

à propos de la matière des commissionnaires, mais qu'il n'est pas permis de passer sous silence quand on explique la matière des faillites.

Lorsque la chose consignée aura été vendue, il faudra distinguer. Si le prix a été payé par l'acheteur, que ce soit en espèces, en effets de commerce, par compensation ou autrement (1), peu importe : la revendication n'est pas possible; le prix n'est plus dû, et il est confondu dans la masse du consignataire failli : donc il est le gage de tous ses créanciers (2). Mais supposons que le prix est encore dû par l'acheteur : le consignateur des marchandises pourra-t-il revendiquer la créance du prix? Il faut sous-distinguer. Si le tiers-acheteur a intérêt à ce que cette revendication n'ait pas lieu, elle ne pourra pas être exercée à son détriment : car il ne connaît, lui, que le commissionnaire qui lui a vendu les marchandises en son nom propre et personnel, et non pas au nom du commettant. Il pourra donc opposer la compensation au consignateur, si, à un titre quelconque, il est créancier du consignataire, son vendeur. Mais si le tiers-acheteur est désintéressé, s'il n'a aucun intérêt à ce que la revendication soit admise ou ne le soit pas, le consignateur, qui n'est qu'un commettant, pourra revendiquer la créance du prix : car, dans ses rapports avec le consignataire, il peut voir en celui-ci un simple mandataire, et dès lors ce que le consignataire a fait est censé fait par le consignateur ou commettant, ce qui est dû au consignataire est censé dû au consignateur ou

(1) Pour employer le langage de la loi elle-même (art. 575, 2e alinéa), nous dirons : Le prix a été payé, réglé en valeurs, ou compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur. — En ce qui concerne le *règlement en valeurs*, je suis disposé à croire qu'il faut distinguer le cas où l'acheteur endosse au profit de son vendeur un effet qu'il avait dans son portefeuille et le cas où il souscrit lui-même un billet à l'ordre de son vendeur : dans ce dernier cas, la dette du prix existe toujours, il n'y a ni un paiement ni l'équivalent d'un paiement. Comp., ci-dessus, p. 229, note.

(2) Ce que M. Bravard dit ici pour le cas où la chose *consignée* a été vendue, il faut le dire également pour le cas où la chose *déposée* a été vendue et livrée à un tiers de bonne foi. L'art. 575, 2e alinéa, met les deux cas sur la même ligne.

commettant. Celui-ci pourra donc agir comme créancier du prix. Ce n'est là que l'application de cette doctrine, que le commissionnaire, dans ses rapports avec les tiers, doit être assimilé au mandataire du droit romain, qui agissait en son propre nom, — tandis que, dans ses rapports avec le commettant, il n'est que le mandataire du droit français, qui agit au nom du mandant et le représente (1).

(1) A s'en tenir au texte de l'art. 575, 2e alinéa, il faudrait repousser la sous-distinction proposée par M. Bravard, et décider d'une manière absolue que, toutes les fois que le prix est encore dû par l'acheteur (ce qui comprend, à mon sens, le cas où l'acheteur a souscrit un billet à l'ordre de son vendeur, lequel billet est resté entre les mains de celui-ci), le consignateur peut s'emparer de la créance et l'exercer comme si elle lui eût toujours appartenu. Je crois cependant que la sous-distinction dont il s'agit doit être admise, conformément aux principes du contrat de commission. Et la Cour de Paris en a très-bien fait l'application (10 décembre 1857) dans une espèce où le consignataire, en vendant les marchandises, avait promis à l'acheteur de lui faire une deuxième fourniture de marchandises semblables. « Bien que les commettants Q. et L., dit la Cour, « agissent en vertu du droit propre que leur accorde l'art. 575 du Code de « commerce, le principe de leur action est basé sur la convention interve- « nue directement entre V. (l'acheteur) et B. (le commissionnaire), et, « cette convention étant indivisible dans son exécution, Q. et L. doivent « rester soumis à l'effet des exceptions que V. y peut puiser. Ce marché « lui donnait droit, pour le 31 décembre 1854, à une seconde livraison de « 5,000 kilogrammes d'huile, qui n'a pas été effectuée, et il n'est pas con- « testé que, le défaut de cette livraison ayant contraint V. à se pourvoir « ailleurs, ce remplacement lui a occasionné un excédant de prix de 1,150 fr.: « il est donc fondé à retenir cette différence sur le prix du marché » (Dev.-Car., 58, 2, 249).

En sera-t-il encore de même si, au lieu d'une *consignation*, nous supposons un *simple dépôt?* Non : ici l'acheteur a traité avec un homme qui n'était pas propriétaire et qui n'avait pas pouvoir d'aliéner : tout ce que la loi lui accorde, c'est qu'il ne pourra pas être évincé de la chose s'il l'a reçue de bonne foi; mais nous irions au-delà de la volonté du législateur si nous permettions à cet acheteur de dire qu'il a un droit acquis à pouvoir se considérer comme débiteur du dépositaire et non du déposant.

— Lorsque le consignateur ou déposant peut revendiquer la créance du prix, c'est-à-dire se présenter comme créancier du tiers-acheteur, ne pourra-t-il pas, s'il le préfère, se présenter comme créancier du consignataire ou dépositaire? Evidemment la question ne s'élèvera pas si, le consignataire ou dépositaire étant en faillite, le tiers-acheteur a continué de faire honneur à ses engagements. Mais il est possible que le tiers-acheteur

Maintenant, il reste un cas qui peut paraître embarrassant, et

ait aussi été déclaré en faillite et que même sa faillite donne un dividende moins fort que celle du consignataire ou dépositaire. En cas pareil, le déposant ou consignateur pourrait-il, suivant son intérêt, laisser de côté la disposition du 2e alinéa de l'art. 575, prendre la voie de l'action *mandati* ou *depositi directa* plutôt que la voie de l'action *venditi*, et se présenter simplement à la faillite du consignataire ou dépositaire? Le déposant pourra certainement se présenter à la faillite du dépositaire : il est devenu créancier du dépositaire par suite du délit de celui-ci, et c'est une pure faculté que la loi accorde quand elle lui permet de revendiquer la créance du prix. Mais je ne crois pas que le consignateur puisse ainsi se présenter à la faillite du consignataire, qui, en principe, n'est point son débiteur *ex proprio facto*. Evidemment il serait inique que la masse du consignataire, exclue de l'action *venditi* quand cette action est bonne, fût forcée de s'en contenter quand elle est mauvaise. Comme le disent très-bien MM. Delamarre et Lepoitvin, la circonstance que le commissionnaire a failli ne peut pas améliorer la condition du commettant. Le commissionnaire non failli devrait au commettant ce qu'il aurait pu recouvrer de l'acheteur : la masse du commissionnaire ne peut pas devoir davantage. Ainsi, le commettant se présente-t-il à la faillite de l'acheteur, celle du commissionnaire est libérée ; se présente-t-il à la faillite du commissionnaire, il n'a droit qu'au dividende qu'elle reçoit elle-même dans la faillite de l'acheteur. « Cependant, « ajoutent les mêmes auteurs, si le commissionnaire failli était *du croire*, « le commettant pourrait figurer à la fois dans l'une et l'autre faillite : dans « l'une, parce qu'il est créancier du prix de sa marchandise ; dans l'autre, « en vertu de la convention *del credere*, le commissionnaire l'ayant assuré « contre les risques du recouvrement » (t. III, n° 215).

— J'ai dit qu'à mon sens, lorsque l'acheteur a souscrit à l'ordre du commissionnaire un billet qui se trouve encore entre les mains de celui-ci au moment où il est déclaré en faillite, le droit de revendication peut être exercé par le commettant : je ne pense pas, en effet, qu'il y ait ici ce que la loi entend par un *règlement en valeurs*. Le prix est toujours dû ; seulement, la dette du prix existe sous forme de billet à ordre. Je dois reconnaître cependant que telle ne paraît pas être la doctrine de la Cour de cassation. C'est du moins ce qu'on peut conclure *a contrario* des *considérants* d'un arrêt du 27 juillet 1858, dans lesquels je lis ce qui suit : « Il est cer- « tain que le prix des garances vendues à F. n'a point été payé par lui à « R. L., qu'il n'a point été compensé en compte courant. A la vérité, R. L. « a reçu de F. un *bon* ou *récépissé de caisse* de la maison C. et Cie, pour la « somme de 34,840 fr., égale au prix des garances. Mais ce *récépissé* ne « saurait être compris dans l'expression de *valeurs* employée par l'art. 575 : « en effet, il ne constitue point un titre transmissible par l'endossement ou « par la voie du transport ordinaire ; il n'est pas non plus un titre au por- « teur, puisqu'en tête est écrit le nom de R. L., à qui il est remis ; il n'a « point transporté à ce dernier la propriété de la somme portée au récé-

qui fait naître une difficulté sur laquelle on se méprend souvent. Supposons que le prix n'est plus dû, qu'il a été payé par l'acheteur; seulement il l'a été, non pas au failli, mais aux syndics, c'est-à-dire non pas avant le jugement déclaratif, mais depuis : le consignateur pourra-t-il le revendiquer? L'art. 575 dit : « Le prix qui n'aura été ni payé, ni... » Or, le prix a été payé, et dès lors il semble que la revendication n'est pas possible. Cependant, comme le prix n'a été payé que depuis le jugement déclaratif, il n'est pas entré dans l'actif du failli; il était, quand il a été payé, le gage spécial du commettant, et les droits des créanciers restent tels qu'ils étaient au moment du jugement déclaratif, c'est-à-dire du dessaisissement : donc, ce prix n'a pu être reçu par les syndics que pour le compte de qui de droit; ils n'en sont que dépositaires, et ils doivent le restituer au commettant, qui a le droit de le revendiquer. L'art. 575 doit être entendu avec cette distinction (1).

« pissé; F. en est resté propriétaire, et en a disposé postérieurement en « donnant à la maison C. et C^ie^ l'ordre d'en suspendre le paiement. Par la « remise de ce récépissé, F. n'a fait qu'indiquer à R. L. la maison déposi- « taire des fonds destinés à ses paiements, en lui donnant l'autorisation « d'en toucher le montant en son lieu et place. Il est donc vrai de dire « que, le prix des garances n'ayant point été réglé entre R. L., vendeur « pour compte de R., et F., acheteur, R. a pu valablement revendiquer le « prix desdites marchandises » (Dev.-Car., 59, 1, 109).

(1) « Si, au moment où mon commissionnaire, demeurant ou non *du* « *croire*, tombe en faillite, Jacques n'a pas encore payé le prix des mar- « chandises qui lui ont été vendues par ce commissionnaire, je puis m'op- « poser à ce qu'il soit versé aux mains du syndic, et le réclamer directe- « ment. Néanmoins, jusqu'à opposition, Jacques se libère valablement en « payant au représentant de la masse. S'il l'a fait, suis-je déchu de mon « action et désormais devenu simple créancier? Non, sans doute : car le « droit de l'exercer m'appartient au moment de la faillite, et je n'ai pu le « perdre contre mon gré, par cela seul que l'acheteur a payé ou la faillite « reçu le prix de mes marchandises. Inutilement dirait-on que ce prix « s'est confondu avec les autres valeurs dans la caisse syndicale. L'action « en paiement m'était propre, exclusive : qu'importe qu'elle ait été exer- « cée ou par moi-même ou par un gérant? Or le syndic, en recevant ce « qui n'était pas dû à la faillite, s'est constitué *negotiorum gestor* du véri- « table créancier » (Delamarre et Lepoitvin, t. III, n° 214).

M. Bravard, MM. Delamarre et Lepoitvin ne parlent ici que d'un consi-

Relativement à la revendication du déposant et du consignateur, je n'ai plus que quelques mots à ajouter.

Le revendiquant est tenu d'indemniser la masse de tous les frais qu'elle a faits à l'occasion de la chose qu'il revendique, quand même ils n'auraient pas contribué à l'améliorer ni à la conserver; il suffit qu'ils aient été faits légitimement. Le revendiquant, ne pouvant pas les contester en eux-mêmes, comme excessifs ou inconsidérés, est tenu de les supporter : car c'est sa chose qui les a occasionnés, et tacitement il a donné mandat de les faire (1).

Un autre cas de revendication est prévu par la loi, et il est régi par le même principe. C'est le cas où des lettres de change, des billets à ordre ou autres titres, ont été remis à un commerçant, qui a fait faillite depuis, sans que la propriété lui en ait été transférée : le remettant, qui en est resté propriétaire, pourra donc les revendiquer, et à cet égard il n'y aura pas lieu de distinguer si le titre est échu ou non échu, s'il est souscrit pour une cause civile ou pour une cause commerciale; il suffira qu'il se trouve dans le portefeuille du failli et qu'il lui ait été transmis pour une cause non translative de propriété. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'une lettre de change, il suffit qu'elle ait été endossée irrégulièrement (2), ou bien, eût-elle été endossée

gnateur ou commettant. Mais sans difficulté il faut dire, de même, s'il s'agit de choses déposées, que le déposant pourra se faire rendre le prix versé par l'acheteur entre les mains du syndic de la faillite du dépositaire.

(1) En un mot, il faut appliquer ici par analogie le dernier paragraphe de l'art. 576. Comme le dit M. Renouard (t. II, p. 370), « il eût mieux valu « former de ce paragraphe un article séparé : car ses dispositions ne sont pas « seulement applicables aux cas de l'art. 576 dont il fait partie, mais s'é- « tendent également aux art. 574 et 575. Les changements que cette partie « de la loi a éprouvés dans les rédactions successives expliquent comment « les nécessités du numérotage ont fait enfermer dans l'art. 576 ce dernier « paragraphe, qui n'en doit pas moins être interprété comme une dispo- « sition générale, destinée à dominer toutes les matières comprises au « Chapitre. »

(2) Voy. l'art. 138.

régulièrement, que l'endosseur n'ait pas reçu de valeur et qu'il n'ait eu recours à un endossement régulier que comme à un moyen d'éviter une compensation. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce qui est dit dans l'art. 574 (1).

(1) Cet article, reproduction presque littérale de l'ancien art. 583, est ainsi conçu : « Pourront être revendiquées, en cas de faillite, les remises « en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trou- « veront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, « lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire avec le « simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa « disposition, ou lorsqu'elles auront été, de sa part, spécialement affectées « à des paiements déterminés. »

En somme, les effets de commerce ou autres qui se trouvent en la possession d'un failli lors du jugement déclaratif de faillite peuvent être revendiqués lorsqu'ils lui ont été remis à titre précaire, ainsi à titre de dépôt ou de mandat; de même, lorsqu'ils lui ont été remis à un titre translatif de propriété, mais sous une condition suspensive qui n'est pas encore accomplie lors du jugement déclaratif et qui ne pourra pas s'accomplir après ce jugement. Du reste, il est bien entendu qu'il faut mettre sur la même ligne le cas où les effets se trouvent matériellement entre les mains de celui-là même à qui ils ont été remis, et le cas où ils se trouvent entre les mains de son mandataire ou préposé : c'est aussi ce que la Cour de cassation a reconnu, par un arrêt du 25 avril 1849 (Dev.-Car., 49, 1, 394). — La loi prévoit spécialement deux cas sur lesquels il ne pourra pas y avoir de difficulté. Le premier est celui où j'ai chargé mon correspondant d'opérer le recouvrement d'un effet que je lui ai envoyé et de tenir à ma disposition les fonds provenant de ce recouvrement : si ce correspondant est déclaré en faillite avant que le recouvrement ait été effectué, de manière que l'effet se retrouve dans son portefeuille (ou, ce qui revient au même dans les mains de son préposé, par exemple s'il l'a remis à l'huissier), je pourrai revendiquer. Le deuxième cas prévu est celui où j'ai remis à Paul un effet, en le chargeant d'employer la valeur à payer une dette dont je suis tenu envers un tiers : il est clair que, si Paul est déclaré en faillite avant d'avoir effectué le paiement, je puis revendiquer l'effet que je lui avais remis et qui se retrouve dans son portefeuille. Relativement à ce dernier cas, l'ancien art. 583 supposait un effet *ayant reçu la destination spéciale de servir au paiement d'acceptations ou de billets tirés au domicile du failli ;* le nouvel art. 574 suppose, en termes plus généraux, que l'effet *a été, de ma part, spécialement affecté à des paiements déterminés.*

Les cas nommément prévus par la loi ne sont pas les seuls où doive être admise la revendication des effets de commerce ou autres titres. Ainsi, j'ai reçu de Paul des effets en compte courant et je les ai portés à son *crédit;* ces effets n'ayant pas été payés à l'échéance, j'opère une contre-passation d'écritures (c'est-à-dire que je reporte les effets au *débit* de Paul),

Cette revendication ne diffère point de la précédente, en elle-

et je les lui renvoie pour qu'il m'en remette d'autres en remplacement; au moment où ces effets lui parviennent, Paul est en état de cessation de paiements, et, quelques jours après, il est déclaré en faillite : pourrai-je revendiquer les effets que, par suite de mon ignorance, je lui avais retournés? Oui, dit avec raison la Cour de Rennes (arrêt du 23 décembre 1861) : « Les effets remis à N. en compte courant avaient été régulièrement en- « dossés à son profit : il avait, par suite, le droit, après protêt, d'en « poursuivre le recouvrement; et, s'il est vrai que, suivant l'usage de la « banque, il ne s'en était débité que sauf encaissement, il était seul habile « à se prévaloir de cette clause introduite dans son seul intérêt. Il est de « principe qu'on ne peut être facilement présumé renoncer à son droit : « par conséquent, lorsque N., à défaut de paiement par les souscripteurs, « a contre-passé sur ses livres les écritures relatives à ces effets et les a « renvoyés à T.-J., ce ne pouvait être que sous la condition qu'ils seraient « remplacés dans ses mains par d'autres remises : on ne peut admettre « qu'il eût abandonné les actions qui lui appartenaient contre les souscrip- « teurs s'il eût su qu'au moment où les lettres par lesquelles il renvoyait « lesdits effets auraient dû parvenir à T.-J. celui-ci serait en faillite..... La « remise qu'il a faite doit donc être réputée non avenue » (Dev.-Car., 62, 2, 399).

Réciproquement, toutes les fois que j'ai remis à Paul des effets en compte courant, fût-ce avec la clause *sauf encaissement*, ces effets sont devenus la propriété de Paul, et, par conséquent, je ne puis pas les revendiquer dans sa faillite. Le tribunal de commerce de Sens l'avait ainsi jugé, le 25 juin 1861 ; et le pourvoi formé contre ce jugement a été rejeté par un arrêt de la Chambre des requêtes, du 14 mai 1862, dont je reproduis ici les motifs : « Attendu que, si, aux termes de l'art. 574 du Code de commerce, « les remises en effets de commerce ou autres titres, non encore payés et « qui se trouvent en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa « faillite, peuvent être revendiquées par le propriétaire, ce n'est qu'au cas « où ces remises ont été faites par celui-ci avec le simple mandat d'en « opérer le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou « lorsqu'elles ont été, de sa part, spécialement affectées à des paiements « déterminés ; — Attendu qu'il n'en a pas été ainsi dans l'espèce; que la « décision attaquée constate qu'il existait compte courant entre les par- « ties, lesquelles s'envoyaient réciproquement des effets de commerce en- « dossés par l'une au profit de l'autre, sans charge d'en conserver la va- « leur à la disposition du remettant et sans affectation spéciale de la part « de celui-ci de ces valeurs à des paiements déterminés; — Attendu qu'aux « termes de l'art. 136 du Code de commerce ces effets devenaient, au « moment de leur transmission, la propriété de celle des parties au profit « de laquelle ils étaient endossés par l'autre, à la seule charge par elle d'en « créditer le compte de celle-ci ; — Que la clause de *sauf encaissement*, ex- « primée ou sous-entendue, ne suspend pas la propriété des effets trans-

même et en principe; elle n'en diffère que par la qualité des objets sur lesquels elle porte. On s'est cependant demandé, en raison des termes *en nature*, qui se trouvent dans l'art. 574, si la circonstance que le titre aurait été renouvelé ne mettrait pas obstacle à sa revendication. Mais cette question peut à peine être posée : car elle résulte de la confusion entre le titre et la créance. Quand un billet à ordre est renouvelé, le titre sans doute n'est pas le même, il est changé; mais le droit qu'il représente n'a éprouvé aucune altération, il subsiste dans toute son intégrité. Le nouveau titre pourra donc être revendiqué par celui qui était porteur de l'ancien, lequel a été remplacé par le nouveau (1).

Il y a un cas de revendication dont la loi ne s'est pas occupée dans ce Chapitre *De la revendication*, mais qui y rentre cependant, bien qu'il soit compris dans la Section IV du Chapitre VII, relative aux droits des femmes. C'est la revendication que

« mis dans les mains du recevant jusqu'à l'événement du paiement réel « de ces effets; qu'elle crée seulement au profit de celui-ci, pour le cas où « les effets ne sont pas payés à l'échéance, une condition résolutoire qui « autorise le recevant à contre-passer au débit du remettant le montant « des valeurs impayées qu'il avait d'abord, et *sauf encaissement*, inscrites « au crédit de celui-ci; que cette résolution est un droit dont M. (le rece- « vant) était libre d'user ou de ne pas user, selon le soin de son propre « intérêt; que le défaut de paiement à l'échéance, qui constitue une in- « exécution de la promesse de L. sous la foi de laquelle le billet en litige « a été reçu par M. et par lui porté au crédit de L., ne peut autoriser « celui-ci à exiger que cet effet soit contre-passé à son débit et qu'il lui « soit remis en nature; — Attendu que ce droit de M., d'agir comme pro- « priétaire de l'effet en litige, appartient à la masse de ses créanciers par « suite de la faillite de celui-ci; et que L. ne peut se plaindre de ce qu'il « n'est payé du montant de son crédit qu'en monnaie de faillite, tandis « que la masse peut recouvrer le montant intégral de cet effet, puisqu'il « subit ainsi le sort commun à tous les créanciers qui ont suivi la foi du « failli..... » (Dev.-Car., 62, 1, 499).

Voy. aussi M. Bédarride, t. III, nos 1110-1112; et MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, nº 224.

(1) Voy. Dalloz (*Jurispr. gén.*, vº *Faillite*, nº 1183). Voy. aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, nº 223.

peut exercer la femme du failli sur les objets mobiliers ou immobiliers compris dans la faillite du mari et dont elle est propriétaire. La femme, en effet, peut avoir un droit de propriété; elle peut aussi avoir un simple droit de créance, avec ou sans hypothèque.

Considérons-la d'abord comme propriétaire.

Pour reconnaître si elle est ou non propriétaire, il faudra nécessairement se reporter à son contrat de mariage, au régime sous lequel elle est mariée. Supposons donc que, d'après ce régime, elle est propriétaire d'objets mobiliers, soit qu'elle les ait apportés en dot lors du mariage, soit qu'elle les ait recueillis pendant le mariage, par succession ou par donation (1). Ces objets ne sont pas le gage des créanciers de son mari, qui n'en est pas propriétaire : la femme pourra donc les revendiquer et se les faire attribuer en propre.

Voilà la règle générale, le principe, pour la femme comme pour le déposant. Mais à l'égard de la femme, la législation a subi en 1838 de notables modifications. En effet, les rédacteurs du Code de commerce s'étaient montrés d'une extrême rigueur envers la femme du failli :

D'abord ils n'admettaient pas qu'elle pût reprendre les objets qui lui avaient été donnés depuis le mariage : ces donations étaient considérées par eux comme faites indirectement par le mari, lequel était présumé s'être servi de l'entremise d'un tiers pour faire passer à sa femme des valeurs qui étaient le gage de ses créanciers (2).

(1) Par exemple, si les époux se sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, la loi dit qu'ils sont censés avoir exclu de la communauté leur mobilier respectif, présent et futur (Code Nap., art. 1498).

(2) Ancien art. 554 : « Tous les meubles meublants, effets mobiliers, « diamants, tableaux, vaisselle d'or et d'argent, et autres objets tant à l'u- « sage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été « formé le contrat de mariage, seront acquis aux créanciers, sans que la « femme puisse en recevoir autre chose que les habits et le linge à son « usage, qui lui seront accordés d'après les dispositions de l'art. 529. —

C'était une présomption exorbitante, inique, et qui a été supprimée en 1838. La loi actuelle ne distingue pas, quant aux reprises de la femme, entre ce qui lui est advenu par succession et ce qui lui est advenu par donation (1).

En second lieu, les rédacteurs du Code de commerce, alors même qu'il s'agissait d'objets mobiliers apportés en dot par la femme ou qu'elle avait recueillis par succession, n'admettaient que la reprise des objets qui pouvaient être considérés comme affectés à l'usage personnel de la femme et comme restant en sa possession, tels que les diamants, bijoux et vaisselle; tous les autres étaient attribués à la masse (2). Cette disposition, non moins exorbitante que la précédente, a été également supprimée en 1838, et la femme du failli a été à cet égard replacée sous l'empire du droit commun. Le nouvel art. 560 porte, dans son 1er alinéa : « La femme pourra reprendre en nature les effets mobi-« liers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage, ou qui « lui sont advenus par succession, donation entre-vifs ou testa-« mentaire, et qui ne seront pas entrés en communauté, toutes « les fois que l'identité en sera prouvée par inventaire ou tout « autre acte authentique. »

L'article, comme on voit, ne distingue pas entre les effets mobiliers de telle espèce et ceux de telle autre espèce, entre ceux qui sont à l'usage du mari et ceux qui sont à l'usage de la femme (3), non plus qu'entre les successions et les donations.

Toutefois la femme pourra reprendre les bijoux, diamants et vaisselle « qu'elle pourra justifier, par état légalement dressé, annexé aux actes, ou « par bons et loyaux inventaires, lui avoir été donnés par contrat de ma-« riage ou lui être advenus par succession seulement. »

(1) Voy. le 1er alinéa du nouvel art. 560. Le changement dont il s'agit se trouvait déjà dans le premier projet du Gouvernement (1834).

(2) Voy. l'ancien art. 554, ci-dessus, p. 526, note 2.

(3) Cette deuxième innovation est due à la première Commission de la Chambre des députés. Voici en quels termes M. Dufaure la défendait au nom de cette Commission : « Votre Commission, disait-il, a trouvé dans « l'article du Code de commerce une inconséquence : elle a donc étendu « aux autres effets mobiliers les dispositions que le Code de commerce « avait faites pour les objets qui ont le plus de valeur, les diamants, les

— Du reste, il ne faudrait pas croire que la femme jouira, pour ses reprises, du bénéfice du droit commun dans toute sa plénitude : elle en jouira quant au droit de reprise en lui-même; mais on a dérogé au droit commun quant à la preuve. La femme ne pourra pas faire sa preuve, comme le Code Napoléon l'y autorise, par témoins, par présomptions et même par commune renommée (1). Elle sera toujours tenue de justifier, par acte authentique, de son droit de propriété sur les objets qu'elle revendique, et de l'identité des objets : « A défaut par la femme,

« bijoux ou l'argenterie. Nous avons pensé qu'il devait être permis à la « femme de reprendre tous les objets qui n'entrent pas dans la commu- « nauté. Cette disposition comprend toute sorte de meubles : 1° les meu- « bles apportés sous l'empire du régime dotal et que la femme peut repren- « dre d'après l'art. 1564 du Code civil; 2o les meubles qui, sous le régime « de la communauté, sont exclus de la communauté et que la femme peut « reprendre aux termes de l'art. 1498. Dans ces cas, puisque les meubles « ne deviennent pas communs, puisqu'ils restent la propriété de la femme, « pourquoi lui interdire le droit de les reprendre quand son mari vient à « tomber en faillite?..... »

Cet amendement de la Commission fut vivement combattu, comme étant contraire aux principes du droit civil. On prétendait que les *propres conventionnels*, c'est-à-dire les meubles de la femme qui sont exclus de la communauté, deviennent, vis à vis des tiers, la propriété du mari, qui, disait-on, peut en disposer, et qu'ainsi la femme, après la dissolution de la communauté, ne peut jamais les reprendre en nature *à titre de propriétaire*, mais seulement en valeur *à titre de créancière*. Telle était effectivement, dans l'ancien droit, la doctrine de Pothier (*Communauté*, n° 325). Mais cette doctrine ne me paraît point avoir été reproduite par les rédacteurs du Code Napoléon, et la jurisprudence ne l'a point consacrée : voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 865). Le législateur de 1838 ne l'a pas consacrée davantage, et il résulte manifestement de l'art. 560 qu'en cas de faillite du mari la femme peut revendiquer tous les meubles qu'elle s'est réservés ou qui lui ont été réservés propres et qui ne sont pas devenus la propriété d'un tiers.

(1) « Le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage « doit être constaté par un inventaire. — A défaut d'inventaire du mo- « bilier échu au mari ou d'un titre propre à justifier de sa consistance et « valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise. « — Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, « celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titre, soit par « témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ce mobi- « lier » (C. Nap., art. 1504).

« ajoute l'art. 560, de faire cette preuve, tous les effets mobi-
« liers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous
« quelque régime qu'ait été contracté le mariage, seront acquis
« aux créanciers, — sauf aux syndics à lui remettre, avec l'au-
« torisation du juge-commissaire, les habits et linge nécessaires
« à son usage. »

Voilà pour la reprise ou la revendication des objets mobiliers appartenant à la femme dont le mari est en faillite.

La femme pourra, à plus forte raison, revendiquer les immeubles dont, en vertu de son contrat de mariage, elle est restée propriétaire (1). Mais si, au lieu de les avoir apportés en dot ou recueillis par succession ou par donation, elle prétend les avoir acquis à titre onéreux depuis le mariage, il faudra, pour en exercer la reprise, qu'elle justifie, de la manière indiquée par l'art. 558, que ces immeubles ont été acquis en remploi d'autres immeubles à elle appartenant, ou en emploi de deniers dont elle était propriétaire (2).

(1) « En cas de faillite du mari, dit le nouvel art. 557, la femme dont les
« apports en immeubles ne se trouveraient pas mis en communauté re-
« prendra en nature lesdits immeubles et ceux qui lui seront survenus par
« succession ou par donation entre-vifs ou testamentaire. » L'ancien article 545 contenait une disposition analogue.

(2) « La femme reprendra pareillement les immeubles acquis par elle et en
« son nom des deniers provenant desdites successions et donations, pourvu
« que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'ac-
« quisition et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par
« tout autre acte authentique » (art. 558).

« Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, hors le cas
« prévu par l'article précédent, la présomption légale est que les biens ac-
« quis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses
« deniers et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme
« à fournir la preuve du contraire » (art. 559).

La loi n'a pas prévu spécialement le cas où la femme revendique un immeuble comme ayant été acquis par elle en échange ou en remploi d'un autre immeuble; elle n'a pas non plus prévu spécialement le cas où la femme revendique un immeuble comme ayant été acquis en emploi de deniers qui lui étaient propres, mais ne provenaient pas de successions ni de donations. J'admets sans hésiter que la revendication de la femme est admissible dans ces différents cas. Il peut seulement y avoir difficulté sur

Sous l'empire de l'ancien texte du Code, dont la rédaction était à cet égard défectueuse, on avait soutenu que la femme,

le point de savoir quelle espèce de preuve nous exigerons de la femme. D'abord si la femme revendique le fonds A comme ayant été acquis par elle en échange de son propre, il faudra qu'elle justifie de l'échange par acte authentique : l'authenticité de l'acte est une garantie que le fonds A n'a pas été acquis moyennant une soulte fournie par le mari. Si la femme revendique le fonds A comme ayant été acquis par elle en remploi de son propre, il faut 1° que la déclaration de remploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition, et 2° que l'origine des deniers avec lesquels est faite cette acquisition se trouve constatée par un acte de vente en forme authentique. Enfin, si la femme revendique le fonds A comme ayant été acquis avec des deniers à elle propres, mais ne provenant point de successions ni de donations, je crois qu'il y a une distinction à faire. Supposons qu'il s'agit de deniers qui appartenaient déjà à la femme lors de la célébration du mariage et qui lui sont restés propres parce qu'elle s'est mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, en stipulant que la communauté n'aurait même pas la jouissance de ces deniers : alors, aux termes du droit commun lui-même (art. 1499), la consistance de ces deniers doit être constatée par un inventaire ou état en bonne forme, et, de plus, par analogie de ce que décide notre art. 558, la déclaration d'emploi doit être expressément stipulée au contrat d'acquisition. Jusqu'ici je n'ai fait que développer la formule générale donnée par M. Bravard. Mais supposons que les époux se sont mariés séparés de biens; un immeuble a été acheté par la femme, et aujourd'hui elle le revendique en prétendant qu'il a été acheté avec les économies réalisées sur ses revenus : ici j'exigerai bien que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition; mais l'origine des deniers est telle qu'il ne peut pas être question de la constater authentiquement. En un mot, il y a lieu, dans ce dernier cas, d'appliquer l'art. 559, qui, après avoir posé comme présomption légale que les biens achetés par la femme appartiennent au mari et ont été payés de ses deniers, ajoute : « Sauf à la femme à fournir la « preuve du contraire, » sans déterminer comment devra être faite cette preuve.

— Les dérogations que nous venons de voir apportées par la loi commerciale à la loi civile se réfèrent exclusivement au cas où la femme du failli se présente comme propriétaire, non au cas où elle se présente comme créancière. Ainsi un immeuble ou un meuble resté propre à la femme a été vendu par la femme dûment autorisée; le prix a été compté au mari, il est tombé dans la communauté, et il n'y a point lieu pour la femme à revendication d'un bien acquis en remploi. Ou bien encore un meuble propre de la femme a été vendu par le mari seul et livré à l'acheteur de bonne foi. Dans ces différents cas, la femme, pour se présenter comme créancière du mari, n'aura pas besoin, en général, de justifier de

alors même qu'elle était mariée sous le régime dotal et que ses immeubles étaient dotaux, ne pouvait les reprendre que grevés

son droit par acte authentique; de même que les autres créanciers, elle devra seulement faire vérifier et affirmer sa créance. C'est ce que décide très-justement un arrêt de la Cour de Lyon, du 29 avril 1850 : « L'art. 560, « dit la Cour, n'autorise la femme, sous quelque régime qu'elle ait été ma- « riée, dans le cas de faillite de son mari, à reprendre en nature les effets « mobiliers qu'elle s'est constitués par son contrat de mariage, ou qui lui « sont advenus par succession, donation entre-vifs ou testamentaire, que « lorsqu'ils ne sont pas entrés en communauté et que leur identité est « prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique; ce dernier mode « de preuve, admis pour éviter les fraudes entre époux, est absolu et ne « peut être suppléé par aucun autre. Mais cette disposition législative, ex- « clusivement relative à l'existence et à l'exercice du droit de revendica- « tion, ne peut s'appliquer à la simple qualité de créancière, pour laquelle « les femmes de commerçants ont été laissées sous l'empire des art. 1415 « et 1504 du Code civil, qui leur accordent, à défaut d'inventaire, le droit « de prouver, par témoins, titres, papiers domestiques, et au besoin par « la commune renommée, la consistance et la valeur des successions « mobilières à elles échues pendant le mariage..... » (Dev.-Car., 52, 2, 598).

Il résulte clairement de nos art. 557 et suiv. que la femme ne peut exercer aucune revendication à l'encontre des créanciers de la faillite lorsque son propre n'existe plus en nature, lorsque par exemple il a été vendu et qu'il n'en a pas été fait de remploi. Cela n'a jamais été sérieusement contesté : voy. notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1854 (Dev.-Car., 54, 1, 166). Mais, en matière civile, la Cour de cassation, il y a quelques années, avait imaginé de dire que la femme qui exerce ses reprises peut se présenter comme propriétaire jusqu'à due concurrence des biens de la communauté et passer en cette qualité avant les simples créanciers. Cette doctrine bizarre a fini par succomber devant la Cour de cassation elle-même (voy. l'arrêt rendu, toutes Chambres réunies, le 16 janvier 1858; voy. aussi l'article publié, à propos de cet arrêt, par mon savant maître M. Valette, *Revue pratique de droit français*, t. IV, p. 529 et suiv.). Il est universellement admis aujourd'hui qu'en matière civile comme au cas de faillite du mari, là où le propre de la femme ne peut pas être revendiqué en nature, la femme ne saurait venir pour son action en reprise de la valeur que comme créancière. — Je dois signaler ici une singulière méprise échappée à M. Renouard. Cet auteur confond de la manière la plus complète (t. II, p. 303 et 304) la question qui vient d'être indiquée en dernier lieu et celle de savoir si les propres conventionnels de la femme, les objets mobiliers qu'elle *réalise*, restent sa propriété ou si au contraire ils doivent être considérés comme tombant individuellement en communauté (ci-dessus, p. 527, note 3). Il est évident qu'il y a là deux questions

des hypothèques qu'elle aurait constituées ou qui résulteraient de condamnations obtenues contre elle, par suite des engagements qu'elle aurait contractés envers les créanciers de son mari (1). C'était une atteinte portée au régime dotal, d'après lequel les immeubles dotaux ne peuvent être ni aliénés ni hypothéqués; et, pour écarter la prétention que j'ai signalée, il aurait suffi de considérer que, d'après l'art. 7 du Code de commerce, quand la femme elle-même est commerçante et qu'elle vient à tomber en faillite, l'inaliénabilité dotale subsiste dans toute son étendue et avec tous ses effets. A plus forte raison doit-il en être de même quand c'est le mari qui est en faillite. Aussi, pour prévenir toute difficulté, a-t-on ajouté (2) les mots *légalement grevés*, qui ne se trouvaient pas dans l'ancien texte, et qui signifient *grevés conformément au droit commun, sans préjudice des dispositions du régime dotal* (3).

Je passe à une autre espèce de revendication, qu'on a comprise sous la même rubrique que la revendication du déposant

parfaitement distinctes. D'une part, nous disons que la femme reste propriétaire de ses propres conventionnels et que, par conséquent, elle peut les revendiquer dans la faillite du mari s'ils existent encore en nature; mais, d'autre part, nous disons aussi, sans nous contredire le moins du monde, que, les propres mobiliers ou immobiliers de la femme n'existant plus en nature, ayant été aliénés sans remploi, la femme ne peut jamais venir que comme créancière et non comme propriétaire.

(1) L'ancien art. 548 était ainsi conçu : « L'action en reprise, résultant « des dispositions des art. 545 et 546, ne sera exercée par la femme qu'à « charge des dettes et hypothèques dont les biens seront grevés, soit que « la femme s'y soit volontairement obligée, soit qu'elle y ait été judiciaire- « ment condamnée. »

(2) Dans le nouvel art. 561. Le mot *légalement* a été ajouté par la seconde Commission de la Chambre des pairs.

(3) Si l'immeuble de la femme se trouve valablement hypothéqué pour une dette du mari ou de la communauté, la femme aura droit à une indemnité (C. Nap., art. 1431). Cette indemnité pourra être garantie par une hypothèque, si le mari a quelque immeuble (C. Nap., art. 2135; C. de comm., art. 563 *in fine*). Si elle n'a pas la ressource de cette hypothèque, la femme pourra certainement venir en concours avec les créanciers de la faillite.

ou du consignateur, quoiqu'elle se rattache à un principe tout différent. Je veux parler de la revendication du vendeur.

Lors de la rédaction du Code de commerce, et lors de la révision du livre III en 1838, la revendication du vendeur fut vivement combattue, et la suppression en fut demandée. En effet, il semble que le vendeur qui prétend exercer une action en revendication ne peut s'appuyer que sur un droit de propriété subsistant en sa faveur sur la chose vendue. Or, chez nous la vente transfère la propriété immédiatement : après la vente, ce n'est plus le vendeur qui est propriétaire, c'est l'acheteur (1). Comment donc le vendeur pourrait-il avoir une action en revendication? Bien certainement, si l'on ne pouvait rattacher cette revendication qu'à un droit de propriété conservé par le vendeur, il faudrait la refuser.

D'un autre côté, aujourd'hui comme en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, les risques de la chose sont à la charge de l'acheteur et non pas à la charge du vendeur, à moins de stipulations contraires (2). Si donc on voulait rattacher la revendication du vendeur à la responsabilité des risques, il faudrait encore la refuser, parce que cette responsabilité pèse sur l'acheteur et non sur le vendeur.

Aussi est-ce à grand'peine que la revendication fut maintenue en 1838, aussi bien qu'à l'époque de la rédaction du Code de commerce. Elle le fut moins comme un droit attaché à la qualité de vendeur, comme une des prérogatives de cette qualité, que comme une sorte de faveur qu'on lui faisait (3).

(1) Voy., ci-dessus, p. 513.

(2) Voy. l'art. 1138 du Code Napoléon. Comp. Pothier, *Contrat de vente*, nos 307 et suiv.

(3) Dans le projet de la Commission, présenté aux Consuls le 13 frimaire an X, il y avait un art. 351, ainsi conçu : « La loi n'admet aucune « revendication sur les marchandises ou autres effets mobiliers du failli. » Cette disposition, maintenue dans le nouveau projet préparé par la même Commission d'après les observations des conseils et des tribunaux de commerce, fut, au contraire, gravement modifiée par la Section *de l'intérieur* du Conseil d'État : d'après la Section, la revendication du vendeur de-

Mais, si la revendication du vendeur ne peut se fonder ni sur sa qualité de propriétaire ni sur la responsabilité des risques, elle n'en est pas moins la conséquence d'un principe, applicable aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, de ce principe que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements, — principe consacré, en règle générale, par l'art. 1184 du Code Napoléon, et dont l'article 1654 du même Code a fait une application spéciale à la vente.

Le vendeur qui n'est pas payé peut dire, avec toute raison : « Je n'ai consenti a me dessaisir de ma chose que sous la condition que le prix m'en serait payé ; il ne l'est pas : donc je suis en droit de faire résoudre la vente et de redevenir ainsi propriétaire. »

Voilà la véritable et la seule cause à laquelle il faut rattacher

vait être autorisée sous certaines conditions. Ce dernier système fut adopté par le Conseil d'État, dans les séances des 2 et 5 mai 1807. Mais, la rédaction du Conseil d'Etat ayant été communiquée aux Sections réunies *de législation* et *de l'intérieur* du Tribunat, celles-ci se prononcèrent pour l'exclusion de la revendication. Enfin, l'empereur s'étant fait rendre compte des principales dispositions du projet de Code, la revendication fut l'objet d'une discussion nouvelle au Conseil d'État : il s'agissait de savoir si on l'admettrait indéfiniment toutes les fois que l'identité de la chose revendiquée serait certaine, ou si on l'exclurait dès que la chose serait arrivée dans les magasins du failli ou de son commissionnaire. C'est ce dernier système qui fut définitivement admis par le Conseil d'État, dans la séance du 8 août 1807.

Dans l'*Exposé des motifs* qui accompagnait le projet de 1834, le Gouvernement disait, en parlant de la revendication du vendeur : « Nous « vous proposons d'abolir ce principe d'inégalité que les auteurs du Code « n'avaient conservé qu'à regret. » Le second projet du Gouvernement reproduisait encore la même idée. Cependant le Gouvernement finit par céder : « La proposition de supprimer le droit de revendication, dit-il, a « excité des alarmes dans une certaine classe de commerçants. Ces alar- « mes, qui ont été partagées par la majorité de l'une et l'autre Chambre, « ont inspiré au Gouvernement, jaloux de ménager et de rassurer tous les « intérêts commerciaux, des inquiétudes sur le mérite de l'innovation « qu'il avait proposée. Dans le doute, il vaut mieux s'en tenir à ce qui « existe. »

la revendication du vendeur. Cette revendication, on le voit, considérée ainsi que l'ont fait les auteurs de la nouvelle loi et ceux du Code, est une revendication proprement dite, une revendication à titre de propriétaire, tandis que, considérée quant à la cause dont elle dérive, elle n'est rien autre chose qu'une action en résolution (1).

Ce principe posé, il ne s'agit plus que d'en tirer les conséquences. Il en résulte d'abord qu'il n'y a pas lieu de distinguer si la vente est à terme ou sans terme : car, alors même qu'elle aurait été faite à terme, l'acheteur ne peut pas se prévaloir de cette circonstance, ni ses ayants-cause non plus, puisqu'il est en faillite, puisqu'il est par là même déchu du bénéfice du terme.

(1) « Tous les contrats synallagmatiques sont soumis à un principe com-« mun qui est inséparable de leur nature, celui de la résolution à défaut « d'exécution. Il est plus rigoureux à l'égard de la vente que de toute au-« tre convention. Si le vendeur consent à transmettre la propriété de la « chose, c'est sous la foi de l'obligation contractée par l'acheteur de payer « le prix. Ces engagements sont corrélatifs : celui du vendeur ne peut « exister si l'acheteur ne remplit pas le sien. La stipulation qui transmet « la propriété n'est pas pure et absolue : elle est subordonnée à la condi-« tion que l'acheteur paiera la somme convenue.... Par défaut de paiement « du prix, la vente cesse d'exister, ou plutôt n'a jamais eu d'existence dé-« finitive; elle n'a pas été complète, et n'a pas opéré une translation en-« tière de propriété » (*Rapport de M. Tripier, au nom de la deuxième Commission de la Chambre des pairs*).

Seulement, M. Tripier tombe évidemment dans l'erreur lorsqu'il ajoute que la résolution dont il s'agit a lieu *de plein droit :* comme le remarquent très-bien MM. Delamarre et Lepoitvin (t. VI, p. 402), il n'y a en général que la condition résolutoire expresse qui opère de plein droit. Du reste, les savants jurisconsultes que je viens de citer ne considèrent point la revendication établie par l'art. 576 comme étant une action en résolution : « L'art. 576, disent-ils, révoque l'effet de la tradition reçue *in fraudem* « *venditoris.* Mais le contrat subsiste..... La tradition rescindée, la reven-« dication du vendeur n'est pas autre chose qu'une extension du droit de « rétention. » C'est également dans ce sens que certains auteurs entendent la revendication établie au profit du vendeur par l'art. 2102-4° du Code Napoléon. Il m'est impossible d'admettre que telle soit la doctrine consacrée par le législateur : spécialement en ce qui concerne notre art. 576, les travaux préparatoires n'en offrent aucune trace.

Il ne faut pas distinguer davantage si le vendeur est commerçant ou non commerçant, si les choses vendues constituent des marchandises ou si elles n'ont pas ce caractère (1). Peu importe : car le vendeur, quel qu'il soit, et quelle que soit la nature des choses vendues, peut toujours dire, lorsque le prix ne lui est pas payé : « La condition sous laquelle j'ai consenti à cesser d'être propriétaire n'est pas remplie : donc j'ai le droit de ressaisir mon droit de propriété, et de revendiquer la chose comme m'appartenant toujours. »

Cependant on ne pouvait pas suivre ce principe jusque dans ses dernières conséquences. Autrement, il aurait fallu admettre que la revendication serait possible sur les marchandises, même après qu'elles étaient entrées dans les magasins de l'acheteur : car, aussi bien après qu'avant leur entrée dans ces magasins, le vendeur, à qui le prix est dû, aurait été recevable à demander le paiement du prix ou, à défaut de paiement, la résolution, puisque c'est sous cette condition de paiement qu'il a vendu. Telle serait, en effet, la conséquence du principe de la revendication du vendeur, si on l'appliquait dans toute sa rigueur. Mais il fallait en restreindre l'application, sous peine de méconnaître les nécessités commerciales, sous peine même d'aller au-delà de l'intention commune des contractants. Effectivement, quand les marchandises vendues sont entrées dans les magasins de l'acheteur, le vendeur a dû les considérer comme perdues pour lui : car il savait bien qu'elles pouvaient être revendues d'un moment à l'autre (2); et ce serait par un pur effet du hasard, hasard sur lequel il n'a pas dû compter, qu'elles n'auraient pas été revendues un peu plus tôt. Il fallait donc limiter

(1) Je reviendrai, un peu plus loin, sur le cas où la chose vendue n'est pas de celles dont le failli faisait commerce, ou, en d'autres termes, sur le cas où il ne l'avait pas achetée pour la revendre. Nous pouvons supposer, par exemple, qu'un négociant en grains achète un piano pour sa femme ou pour sa fille. Peut-être, dans un cas de ce genre, doit-on admettre plus facilement la revendication du vendeur.

(2) Ceci n'est vrai qu'autant qu'il s'agit de marchandises achetées pour être revendues. Voy. la note précédente.

l'action en revendication du vendeur au cas où les choses vendues étaient encore en route, et la refuser lorsqu'elles étaient déjà arrivées dans la possession de l'acheteur.

Voilà, selon moi, le véritable motif de cette restriction. On en donne un autre, qui n'est pas sans valeur, mais qui ne saurait suffire à expliquer la restriction dont il s'agit. On dit que les marchandises, une fois entrées dans les magasins de l'acheteur, sont devenues pour lui un élément de crédit, qu'elles ont pu inspirer confiance aux tiers qui ont traité avec lui, lesquels dès lors seraient trompés si le vendeur pouvait reprendre ces marchandises (1). Mais, quand on traite avec un commerçant, on ne va pas voir s'il a plus ou moins de marchandises dans ses magasins; on ne le peut même pas, lorsqu'on traite avec lui par correspondance; et, dans tous les cas, comment reconnaître si les marchandises qui se trouvent dans ses magasins lui appartiennent, s'il les a achetées, ou si elles lui ont été remises à titre de dépôt ou par consignation?

Il faut donc s'attacher à cette idée, que, si la revendication était admise lorsque les marchandises sont entrées dans les magasins de l'acheteur, on aurait méconnu le principe de l'égalité entre les créanciers; puisque ce serait le hasard seul, ou la connivence du débiteur, qui ferait que le créancier conserverait ou perdrait son droit de revendication.

Aussi l'art. 576 dit-il dans son 1er alinéa : « Pourront être « revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la « tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins ou dans « ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte « du failli » (2).

(1) « Le droit du vendeur, tel qu'il a été limité par le Code, mérite d'au- « tant plus de respect qu'il ne peut jamais s'exercer sur les marchandises « qui ont pu motiver la confiance des créanciers du failli et sur la foi des- « quelles ils lui ont fait des avances » (Rapport, déjà cité, de M. Tripier).

(2) L'ancien art. 577 disait déjà : « La revendication ne pourra avoir « lieu que pendant que les marchandises expédiées seront encore en « route, soit par terre, soit par eau, et avant qu'elles soient entrées dans

Si l'on a assimilé les magasins du commissionnaire à ceux de l'acheteur, ce n'est pas lorsque les marchandises sont entrées en

« les magasins du failli ou dans les magasins du commissionnaire chargé « de les vendre pour compte du failli. »

La jurisprudence anglaise reconnaît au vendeur un droit analogue à cette revendication (*the right to stop* IN TRANSITU).

Par un arrêt du 3 juin 1856, la Cour de Metz a jugé que, lorsqu'un mécanicien s'engage envers un négociant à lui fournir et à monter dans son usine une machine à vapeur, la tradition doit être considérée comme n'étant pas effectuée dans les magasins de l'acheteur tant que la machine n'est pas montée de manière à pouvoir fonctionner. Suivant la Cour, « la « tradition mentionnée dans l'art. 576 équivaut à la délivrance dont parle « l'art. 1604 du Code Napoléon; cette tradition ne peut être réputée effec- « tuée que quand il y a eu dessaisissement du vendeur et prise de posses- « sion par l'acheteur en la puissance duquel a été mise la chose vendue. « Dans le cas où il s'agit d'une machine, composée de diverses parties for- « mant un tout indivisible, la tradition ne se fait pas pièce à pièce et ne « doit s'appliquer qu'à l'ensemble de la machine, qui seul forme l'objet du « contrat. Dans ce cas, le mécanicien vendeur reste le maître de la ma- « chine qu'il a construite et qu'il monte, tant que cette machine n'est pas « présentée par lui comme capable de fonctionner et prête à être reçue : « jusque-là il peut l'enlever et la modifier à son gré, parce qu'elle demeure « à ses risques et périls; l'acheteur, de son côté, ne peut pas toucher à la « machine, qui ne lui appartient pas encore, et n'est responsable de rien : « c'est la livraison offerte par l'un et acceptée par l'autre qui complète « l'exécution du contrat et fait passer la machine des mains du vendeur en « celles de l'acheteur. Il importe peu que certains ouvrages du mécanicien « aient été incorporés dans l'immeuble où la machine doit fonctionner, « puisque ces ouvrages sont toujours provisoires, conditionnels et suscep- « tibles d'être détruits ou enlevés par l'ouvrier, mécontent de son œuvre « et libre de la modifier. D'ailleurs, au moment où M. a voulu reprendre « son mécanisme, non-seulement aucune somme ne lui avait été payée, « mais rien même ne lui était dû, puisque le prix n'était payable qu'après « la mise en activité de la machine, c'est-à-dire après sa réception par « l'acheteur. Si, dans l'esprit du contrat, l'acheteur ne devenait le débi- « teur du vendeur qu'après avoir reçu le mécanisme et s'être assuré qu'il « produisait l'effet promis, il est naturel de conclure de cette stipulation « que, jusqu'à la réception de la machine par l'acheteur, le contrat n'était « pas parfait, ou que du moins la livraison n'était pas définitivement effec- « tuée dans le sens de l'art. 576 du Code de commerce..... » (Dev.-Car., 57, 2, 46).

On peut ajouter subsidiairement que, dans l'espèce de l'arrêt, le failli n'avait pas acheté pour revendre.

Réciproquement, il est possible que la chose vendue ne soit pas entrée

la possession d'un commissionnaire quelconque, d'un commissionnaire de transport, par exemple : car ce serait refuser presque toujours la revendication, attendu que, quand on expédie des marchandises d'un lieu sur un autre, on ne peut guère se passer de l'entremise d'un commissionnaire; mais on a assimilé le commissionnaire à l'acheteur, et la possession du commissionnaire à celle de l'acheteur lui-même, lorsqu'il s'agit d'un commissionnaire qu'il aurait chargé de vendre les marchandises. Il y a, en effet, dans ce cas, la même raison de refuser la revendication (1).

Mais ici se présentent deux hypothèses que nous devons examiner : Quand les marchandises seront encore en route, la revendication sera-t-elle toujours possible? Et, en sens inverse, quand elles seront entrées dans les magasins de l'acheteur ou dans ceux du commissionnaire chargé par lui de les vendre, sera-t-elle toujours impossible?

Supposons d'abord qu'elles sont encore en route. Si elles ont été revendues par l'acheteur, cette revente n'empêchera-t-elle

dans les magasins de l'acheteur (ni dans ceux du commissionnaire chargé de revendre pour son compte), et que cependant elle doive être considérée comme livrée de manière à n'être plus susceptible de revendication. Ainsi, d'abord il ne saurait y avoir difficulté si la chose se trouve, non dans des magasins, mais dans un emplacement quelconque, tel qu'un chantier ou une cour, dont l'acheteur a la disposition. De même, lorsque la chose est entrée dans un entrepôt public d'où elle peut sortir à la volonté de l'acheteur. De même encore lorsqu'elle a été chargée sur un bateau ou dans une voiture appartenant à l'acheteur (voy. M. Bédarride, t. III, n° 1149 *ter*). Enfin la Cour de cassation a jugé, par ses arrêts du 9 juin 1845 et du 4 août 1852, que le propriétaire d'une forêt ne peut plus revendiquer les bois par lui vendus lorsque, conformément à la convention, les bois dont il s'agit ont été, sur un emplacement appartenant au vendeur, en partie carbonisés et en partie dressés en fourneaux pour subir la même réduction : suivant la Cour, l'emplacement mis à la disposition de l'acheteur doit être considéré comme son magasin dans le sens de l'art. 576 (Dev.-Car., 45, 1, 658; 52, 1, 705).

Voy., au surplus, les judicieux développements donnés par MM. Delamarre et Lepoitvin (t. VI, p. 414 et suiv.).

(1) Les marchandises peuvent avoir été vendues par le commissionnaire immédiatement après qu'elles sont entrées dans ses magasins.

pas la revendication? En fait, il n'est pas rare que des commerçants qui sont en cessation de paiements ou sur le point d'y tomber, fassent des achats de marchandises de différents côtés, au loin, là où leur position n'est pas connue, et cela afin d'obtenir plus facilement un concordat, en grossissant leur actif, en offrant à leurs créanciers un dividende plus fort. Il n'est pas rare non plus que ces commerçants, pour se procurer des fonds, qu'ils n'obtiendraient que difficilement au moyen d'un emprunt, revendent ces marchandises à bas prix et au comptant, avant même qu'elles ne soient entrées dans leurs magasins. Dans ces différents cas, que décider? Il est clair que, s'il n'y a pas eu revente, la revendication doit être admise sans difficulté. Même, quand il y a eu revente, il faudra, pour que la revendication soit écartée, que le second acheteur ait pu croire que son vendeur était bien et dûment propriétaire, qu'il avait désintéressé le vendeur originaire; il faut que ce second acheteur ait vu entre ses mains la facture, c'est-à-dire l'acte qui constate la vente (1), de plus la lettre de voiture ou le connaissement, c'est-à-dire l'acte qui constate l'expédition, et enfin qu'il ne soit pas de connivence avec son vendeur pour spolier le vendeur primitif, pour lui faire perdre son droit de revendication. Ces conditions sont évidemment nécessaires pour que la seconde vente soit maintenue au détriment de la première, pour que le second acheteur soit préféré au premier vendeur, et la revendication de celui-ci écartée. Aussi étaient-elles exigées par le Code de commerce, et les auteurs de la nouvelle loi ne pouvaient pas se dispenser de les maintenir (2).

(1) L'art. 109 dit que les achats et ventes se constatent 1°...., 4° par une facture acceptée.

(2) L'ancien art. 578 disait, en parlant des marchandises vendues et expédiées : « Elles ne pourront être revendiquées si, avant leur arrivée, elles « ont été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres « de voiture. »

Comme exemple d'une revente faite *en fraude*, voy. l'espèce indiquée par MM. Delamarre et Lepoitvin (t. VI, p. 427 et suiv.).

Quand la loi dit que la revendication n'est pas recevable si avant leur

Mais ils ont été plus exigeants, à cet égard, que ne l'avaient été les rédacteurs du Code : ils ont mieux protégé les intérêts du premier vendeur. Celui-ci n'aurait pas dû, sans doute, avant d'être payé et lorsque les marchandises étaient encore en route, se dessaisir, en faveur de l'acheteur, du connaissement ou de la lettre de voiture ; mais, s'il s'en est dessaisi, ce n'était pas une raison pour le priver de son droit de revendication : car rien n'indique qu'il ait voulu l'abdiquer, et autoriser son acheteur à vendre ces marchandises avant leur arrivée. L'acheteur a pu obtenir les pièces dont il s'agit par surprise ou par suite de l'excessive confiance qu'il avait su inspirer au vendeur; et les au-

arrivée les marchandises ont été vendues sur factures et connaissements ou lettres de voiture, elle suppose une revente faite, non sur la facture dressée par l'acheteur qui revend, mais sur la facture émanée de l'expéditeur qui a vendu. Le législateur n'a pas défini la *facture*, n'a pas indiqué ce qu'elle doit contenir ; d'après l'usage, il suffit qu'elle exprime l'espèce, la qualité, la quantité, les marques, le prix de la marchandise. Au contraire le Code a énuméré les énonciations que doivent contenir le connaissement et la lettre de voiture (art. 102 et 281). L'art. 281 dit expressément que le connaissement peut être *à ordre*, ou *au porteur*, ou *à personne dénommée* ; bien que l'art. 102 ne dise rien de semblable pour les lettres de voiture, cependant, d'après une pratique journalière, la lettre de voiture est transmissible par endossement (voy. MM. Delamarre et Lepoitvin, t. VI, p. 435). — Je ne parlerai que du connaissement; mais il est bien entendu que ce que je vais en dire doit également être appliqué à la lettre de voiture. Le connaissement peut remplir deux fonctions distinctes : 1° il constate l'obligation qu'une personne contracte de transporter des marchandises dans un certain lieu; 2° il représente les marchandises en voyage, de sorte que la remise qui en est faite équivaut à la tradition des marchandises elles-mêmes. Ainsi, que le porteur légitime du connaissement, après avoir écrit sur ce titre : *Livrez à Pierre*, et avoir signé cette énonciation, s'en dessaisisse au profit de Pierre, c'est Pierre désormais qui a le droit de réclamer et de se faire remettre les marchandises; et, si ces faits ont eu lieu en exécution d'une vente (*ex justâ causâ*), c'est Pierre qui est considéré comme ayant dès à présent la possession et la propriété des marchandises. Le connaissement fût-il *à personne dénommée*, si cette personne dénommée (le destinataire, l'acheteur) revend à un tiers les marchandises encore en voyage, et lui remet la facture et le connaissement, l'expéditeur, vendeur originaire, ne peut plus revendiquer les marchandises : en effet, la loi ne distingue aucunement, en cette matière, suivant que le connaissement est *à ordre, au porteur* ou *à personne dénommée*.

teurs de la nouvelle loi ont voulu que ce vendeur pût revendiquer malgré la revente faite sur facture et lettre de voiture, si cette lettre de voiture n'était pas revêtue de sa signature. C'est donc à lui à ne pas la signer, s'il ne veut pas courir la chance de perdre, même avant l'arrivée des marchandises, le droit de les revendiquer (1).

(1) « Néanmoins, la revendication ne sera pas recevable si, avant leur « arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur factures et « connaissements, ou lettres de voiture signées par l'expéditeur » (nouvel art. 576, 2e alinéa).

La nécessité de la signature de l'expéditeur s'applique au *connaissement* aussi bien qu'à la *lettre de voiture*. Cela résulte des paroles de M. Meynard, sur la proposition de qui les mots *signées par l'expéditeur* ont été ajoutés au texte de l'article. Voici, en effet, comment il s'exprimait, dans la séance de la Chambre des députés du 24 février 1835 : « Le connaissement est « délivré par le capitaine du navire; mais il en délivre un, deux, trois, « quatre duplicata : il n'a pas de motifs d'en refuser un au destinataire, « animé de mauvaises intentions; et, si celui-ci en fait la demande direc- « tement au capitaine ou le fait demander par un correspondant, le con- « naissement sera remis sans difficulté. Quant à la lettre de voiture, il y a « un danger semblable : car rarement l'expédition se fait directement par « le vendeur à l'acheteur; on se sert habituellement de l'entremise d'un « commissaire-chargeur, qui, sur la demande du destinataire, peut envoyer « aussi une copie de la lettre de voiture. Tout cela se fait à l'insu et sans « le consentement de l'expéditeur. Par le sous-amendement, toutes les « fois que l'expéditeur n'aura pas signé la lettre de voiture, il sera impos- « sible au failli de vendre légalement et, par conséquent, le plus sou- « vent, d'opérer une fraude. » Comp. M. Renouard, t. II, p. 369. La Cour d'Amiens s'est prononcée en ce sens par un arrêt du 14 juillet 1848. Le même arrêt décide que c'est le connaissement lui-même qui doit être signé par l'expéditeur, et qu'il ne suffirait pas qu'au connaissement non signé de l'expéditeur fût jointe une lettre d'envoi signée de lui (Dev.-Car., 48, 2, 686).

J'avoue que j'ai quelque peine à m'expliquer la différence admise par la loi entre le cas où les marchandises sont entrées dans les magasins de l'acheteur et le cas où elles sont encore en route, mais où l'acheteur a déjà entre les mains la facture, le connaissement ou la lettre de voiture signé de l'expéditeur : dans le premier cas, la revendication n'est pas possible, tandis que dans le deuxième elle est possible si l'acheteur n'a pas revendu. Pourquoi, dans le premier cas, la revendication n'est-elle plus possible? Nous le savons : soit parce que les marchandises une fois entrées dans les magasins de l'acheteur pourraient être revendues d'un moment à l'autre, soit parce qu'elles ont pu être vues par les tiers et devenir ainsi un élé-

La seconde hypothèse dont j'ai à m'occuper est celle où les marchandises sont entrées dans les magasins de l'acheteur. En principe, le vendeur ne pourra pas les revendiquer, par la raison que j'ai indiquée; mais, par exception, il le pourrait si c'é-

ment de crédit. Est-ce que ces deux motifs ne s'appliquent pas également lorsque, les marchandises étant encore en route, l'acheteur a du moins reçu la facture, le connaissement ou la lettre de voiture signé de l'expéditeur? Assurément l'acheteur peut revendre, comme s'il avait reçu les marchandises elles-mêmes! Assurément aussi l'acheteur peut montrer à tous la facture, le connaissement ou la lettre de voiture, et augmenter ainsi son crédit! Pourquoi donc la revendication reste-t-elle possible dans ce dernier cas, tant que l'acheteur n'a pas effectivement revendu les marchandises? C'est, suivant MM. Delamarre et Lepoitvin (t. VI, p. 408), parce que l'identité de la chose qui voyage est au-dessus d'un soupçon de fraude qui l'atteint au contraire dès qu'elle entre dans les magasins du failli. Cette explication ne me paraît pas absolument satisfaisante.

MM. Delamarre et Lepoitvin (t. VI, p. 445 et suiv.) critiquent avec beaucoup de force la disposition d'après laquelle la revendication est possible si les marchandises n'ont été revendues sur factures et connaissements ou lettres de voiture *signés par l'expéditeur*. Le principe que la remise du connaissement équivaut à la remise des marchandises elles-mêmes cesse de s'appliquer si le connaissement n'est pas signé de l'expéditeur : suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, « cette concession, faite aux manufacturiers « par un amendement *improvisé et voté à l'improviste*, blesse profondé- « ment la majesté des lois. » Supposons que Jacques vous a vendu et expédié à crédit des marchandises; Paul vous les achète et vous les paie, sur facture et connaissement non signé de Jacques : si vous êtes ensuite déclaré en faillite, il faudra que Paul subisse l'éviction ou qu'il paie à Jacques ce que vous lui devez. Ainsi, Paul n'est pas recevable à prouver que Jacques avait vendu; et cependant Jacques, de son côté, peut, pour exercer la revendication, prouver, par tous les moyens qu'autorise l'art. 109, qu'il est un vendeur non payé. L'art. 576 ne compte donc pour rien la réciprocité des droits dans les contrats. D'un autre côté, il résulte du même article que le premier acheteur de la marchandise non encore arrivée à destination ne peut la revendre sans faire connaître à son propre acheteur le prix auquel il l'a lui-même achetée, et que, pour pouvoir la revendre, il faut qu'il la revende tout entière, étant impossible de remettre à plus d'une personne la facture et le connaissement signés par l'expéditeur. — En Angleterre et aux Etats Unis, au lieu de la disposition contenue dans le 2e alinéa de l'art. 576, on dit simplement : *The negotiation of a bill of lading will defeat the vendor's right to stop* IN TRANSITU, ce que je traduis ainsi : « La revendication des marchandises expédiées par le vendeur n'est plus « possible dès que le connaissement a été négocié par l'acheteur. »

tait après le jugement déclaratif que les marchandises fussent entrées dans les magasins de l'acheteur failli. En effet, au moment où elles y sont entrées il n'avait plus le droit d'en disposer, puisqu'il était dessaisi : ces marchandises n'ont donc jamais été à sa disposition. Il n'y a donc aucune raison pour refuser au vendeur le droit de les revendiquer. Les syndics ont pu les recevoir comme dépositaires; ils les ont reçues grevées du droit de revendication dont elles étaient encore grevées quand le jugement déclaratif a été rendu, et que leur arrivée postérieure dans les magasins, qui ne sont plus ceux du failli mais ceux de la faillite, n'a pu faire disparaître (1).

Maintenant que nous savons dans quels cas la revendication est admise en faveur du vendeur, voyons à quelles conditions elle est subordonnée. Elle est subordonnée aux conditions suivantes :

1° Que le prix n'aura pas été payé, soit en espèces, soit autrement : car, si le vendeur avait fait novation, il ne pourrait plus revendiquer.

2° Que les syndics ne jugent pas à propos de payer le prix. Ils ont le droit de payer le prix; et, s'ils croient qu'il est de l'intérêt de la faillite d'obtenir les choses achetées par le failli, ils le peuvent toujours, en exécutant le contrat, en payant le prix : car alors évidemment la revendication du vendeur est sans cause (2).

(1) Voy. aussi M. Renouard (t. II, p. 370), MM. Delamarre et Lepoitvin (t. VI, p. 411). Comp., ci-dessus, p. 520 et 521.

Le failli lui-même pourrait être considéré comme un dépositaire. Les marchandises expédiées à Paul lui sont parvenues; il a vérifié si elles étaient ou non conformes à la convention, et le résultat de la vérification a été qu'il les a laissées *pour compte de l'expéditeur :* survenant la faillite de Paul, l'expéditeur exercera la revendication, non comme vendeur, mais comme déposant (voy. MM. Delamarre et Lepoitvin, t. VI, p. 413).

(2) Le prix étant au-dessous de la véritable valeur de la chose, il serait évidemment inique que le vendeur pour se délier profitât de la faillite de l'acheteur. Du reste, le législateur de 1838 a voulu que les syndics, pour exiger la livraison des marchandises, fussent autorisés par le juge-commissaire : comp. l'ancien art. 582 et le nouvel art. 578. — Si le terme ac-

3° A la condition pour le vendeur de prouver l'identité. L'ancien texte du Code (art. 580) allait plus loin : il voulait que les balles, barriques ou enveloppes dans lesquelles les marchandises se trouvaient lors de la vente n'eussent pas été ouvertes, que les cordes ou marques n'eussent été ni enlevées ni changées. Mais l'exigence du Code se rattachait à cette vieille idée, qu'il fallait une prise de possession de la part de l'acheteur pour qu'il devînt propriétaire. C'était à tort que ces particularités étaient considérées comme une condition distincte de l'identité; elles étaient, tout au plus, des indices ou des présomptions d'identité, et elles ont été justement supprimées par la nouvelle loi.

L'ancien texte voulait de plus, et toujours par suite de la même idée, que les marchandises n'eussent subi en nature et quantité ni changement ni altération. Mais qu'importait, quand l'identité était d'ailleurs constante, l'altération éprouvée ou la diminution survenue? Aussi ces conditions n'ont-elles pas été reproduites par la nouvelle loi, qui se borne à exiger la constatation de l'identité. Encore le législateur n'a-t-il pas cru avoir besoin d'énoncer formellement cette disposition, qui est de droit (1).

cordé par le vendeur pour le paiement du prix n'était pas échu, il faut décider, par application de l'art. 1613 du Code Napoléon, que les syndics pourraient néanmoins exiger la livraison immédiate des marchandises, en donnant caution que le prix sera payé à l'échéance. L'art. 444 du Code de commerce, aux termes duquel le jugement déclaratif rend exigibles les dettes du failli, permet seulement *hic et nunc* au vendeur d'exercer le droit de revendication (voy., ci-dessus, p. 535) ou de se présenter comme créancier du prix. Comp. M. Renouard, t. II, p. 373.

(1) Pour le cas où les marchandises ont subi un changement *en nature*, il y a une distinction à faire. Ainsi que le dit très-bien M. Renouard (t. II, p. 366), « aujourd'hui, comme sous la loi antérieure, la *dénaturation*, si « elle provient du fait de l'homme, empêche la revendication : car elle dé- « truit l'identité ; de plus, elle suppose presque nécessairement la tradi- « tion réelle et la prise de possession. » Il y a, d'ailleurs, en ce sens un argument *a fortiori* à tirer de ce que l'art. 575, 1er alinéa, décide relativement à la revendication du déposant (voy., ci-dessus, p. 515 et 516). Aussi la Cour de cassation, dans l'arrêt déjà cité du 9 juin 1845, a-t-elle refusé la

Mais il s'élevait dans l'ancienne jurisprudence, et il peut s'élever encore aujourd'hui, pour le cas où il est survenu une diminution dans la quantité, où la chose vendue a péri en partie, une question de principe qu'il faut résoudre. Supposons que, dans le trajet que les marchandises ont eu à parcourir, la moitié ait péri par cas fortuit. La perte est pour le compte de l'acheteur : le vendeur pourra donc se présenter comme créancier du prix en totalité. Mais le vendeur ne pourra-t-il pas, s'il le préfère, — et il peut y avoir intérêt, grand intérêt, — revendiquer la partie qui reste et se présenter comme créancier du prix de l'autre partie? Il semble, au premier abord, qu'il le pourrait : car, dès qu'il peut revendiquer la totalité, pourquoi ne pourrait-il pas revendiquer une partie? et, puisqu'il peut réclamer le paiement de tout le prix, pourquoi ne pourrait-il pas réclamer le paiement de partie? Sans doute, il pourrait revendiquer ce qui reste, mais alors il faudra qu'il renonce à réclamer le paiement du prix de ce qui a péri : car il ne peut revendiquer qu'en faisant résoudre le contrat, et, dès que le contrat est résolu, il n'y a plus de vente, ni, partant, de prix de vente. Il pourra sans doute aussi, s'il le préfère, se présenter comme créancier du prix; mais alors, comme il demandera l'exécution du contrat, il ne pourra en même temps le scinder et en demander la résolution : dès lors, il devra renoncer à revendiquer ce qui reste. On le voit donc, le vendeur pourra choisir entre l'action en paiement du prix et l'action en revendication, mais

revendication au vendeur lorsque les bois vendus avaient été transformés en charbons. Mais, continue M. Renouard, « l'altération de l'objet, sans le « concours de la volonté de l'homme et par le seul effet des lois physiques « ou de cas fortuits, amène un tout autre résultat. On décidera facilement « sous la loi actuelle, comme on le faisait, non sans efforts de raisonne- « ment, sous le texte de l'ancien art. 580, que ce genre de *dénaturation* « n'empêche pas la revendication : ainsi, on peut revendiquer des liquides « aigris ou en vidange, des denrées fermentées ou avariées. » — Du reste, si les marchandises vendues se trouvaient mélangées avec d'autres, même par cas fortuit, de manière que la preuve de l'identité fût devenue impossible, il n'y aurait certainement pas lieu à revendication. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 30 juin 1859 (voy. M. Bédarride, t. III, n° 1149 *bis*).

il ne pourra pas les cumuler : car ce serait vouloir, chose impossible, que le contrat subsistât, qu'il s'exécutât, et qu'en même temps il fût considéré comme non avenu (1).

Quelles sont les charges auxquelles est soumis le vendeur? Il y en a une qui dérive du principe même de son action, c'est l'obligation de restituer les à-compte qu'il a reçus : car il les retiendrait sans cause, puisque la vente est résolue. C'est ce qui est dit dans l'art. 576 *in fine*. Et cela confirme la solution que j'ai donnée de la question précédente.

Mais on ne s'en est pas tenu là; et, perdant de vue le principe de l'action dont il s'agit, on a, par une fâcheuse innovation, contrairement à l'opinion de Pothier et à l'ancienne jurisprudence, imposé au vendeur qui revendique l'obligation de tenir compte à la masse de tous les frais qu'elle a pu faire relativement à la chose revendiquée (2). Cette obligation se comprend, elle est équitable et logique, lorsqu'il s'agit de la revendication proprement dite, fondée sur un droit de propriété, comme la revendication exercée par le déposant (3); mais elle ne s'explique pas lorsqu'il s'agit de la revendication du vendeur, laquelle suppose que l'acheteur a manqué à l'engagement qu'il avait contracté de payer le prix. C'est par la faute de l'acheteur que cette revendication a lieu : dès lors, si des frais ont été faits et que ces frais soient perdus, ils devraient rester à la charge de l'acheteur, qui est en faute, et ils ne sauraient être mis raisonnablement à la charge du vendeur, auquel il n'y a rien à reprocher, qui a exécuté son engagement et ne reprend sa chose que parce

(1) L'art. 1182, 3e alinéa, du Code Napoléon contient une disposition analogue. Une chose vendue sous condition périt en partie : à l'arrivée de la condition, l'acheteur aura le choix ou de résoudre la vente, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, *sans diminution du prix*.

(2) L'ancien art. 579 disait déjà : « En cas de revendication, le revendi-« quant sera tenu de rendre l'actif du failli indemne de toute avance « faite pour fret ou voiture, commission, assurance ou autres frais, et de « payer les sommes dues pour mêmes causes, si elles n'ont pas été ac-« quittées. »

(3) Voy., ci-dessus, p. 522.

qu'il ne peut obtenir le paiement du prix. Cependant, par suite sans doute de cette fausse idée, que la revendication est une faveur accordée au vendeur, on lui a imposé l'obligation de restituer à la masse non-seulement les à-compte reçus, mais encore tous les frais. Pothier, dans son *Traité du Contrat de vente*, n° 470, avait d'avance condamné cette disposition, car il disait :

« A l'égard de tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour faire « l'acquisition dont le vendeur n'a pas profité, tels que sont les « frais du contrat, le centième denier, les profits féodaux ou « censuels que l'acheteur a payés pour son acquisition, le ven- « deur n'est point tenu d'en indemniser l'acheteur. Au con- « traire, si ces droits n'avaient pas été acquittés par l'acheteur, « et que le vendeur, après être rentré dans l'héritage par lui « vendu, fût inquiété pour raison desdits droits, ce serait à l'a- « cheteur à l'en indemniser... La raison est que la résolution du « contrat qui se fait en vertu du pacte commissoire se fait par « la faute de l'acheteur, qui n'a pas rempli l'obligation qu'il « avait contractée de payer le prix. C'est donc sur lui que doit « tomber la perte de tout ce qu'il en a coûté pour l'acquisition ; « le vendeur n'en doit pas souffrir » (1).

(1) Il va sans dire que le vendeur qui exerce la revendication dans les termes de l'art. 576 n'a jamais rien à craindre des créanciers même privilégiés de l'acheteur. L'Administration des douanes, qui a un privilége général sur les meubles de ses redevables, avait élevé la prétention de paralyser la revendication du vendeur. Cette prétention, admise par le tribunal civil de Marseille, a été repoussée avec raison par la Cour de cassation, le 12 février 1845 (Dev.-Car., 45, 1, 205).

— Comment s'exerce la revendication du vendeur? Au moyen d'une demande adressée aux syndics, conformément au 2e alinéa de l'art. 443. Du reste, par dérogation au principe de l'art. 1184 du Code Napoléon, une décision judiciaire n'est pas ici indispensable. Déjà sous l'empire du Code de 1808 (art. 585), les syndics pouvaient admettre la demande, sauf l'approbation du juge-commissaire ; et aujourd'hui nous avons dans la loi nouvelle un art. 579, ainsi conçu : « Les syndics pourront, avec l'approba- « tion du juge-commissaire, admettre les demandes en revendication ; s'il « y a contestation, le tribunal prononcera, après avoir entendu le juge- « commissaire. » Cet article comprend évidemment toutes les espèces de revendication dont nous avons parlé. Spécialement en ce qui concerne le

— Indépendamment de son droit de revendication, le vendeur a un autre droit qu'il me suffira d'énoncer. C'est un droit qui dérive de la même source que la revendication, mais qui s'applique à un cas différent : c'est le droit de *rétention*, ce qui suppose que la chose n'a pas encore été expédiée, qu'elle se trouve encore en la possession du vendeur. Le vendeur a le droit de refuser de la délivrer tant que le prix ne lui en est pas payé.

Le droit de rétention est plus avantageux que le droit de revendication : car il n'entraîne, pour le vendeur, aucuns frais, aucune démarche. Quand même il y aurait eu des frais faits, le vendeur ne serait pas tenu de les rembourser à l'acheteur ni à sa faillite. Mais, de même que les syndics peuvent faire écarter la revendication en payant, de même ils peuvent, en offrant le prix, exiger la délivrance de la chose.

Ce droit de rétention est consacré par l'art. 577, en ces termes :

« Pourront être retenues par le vendeur les marchandises par « lui vendues qui ne seront pas délivrées au failli, ou qui n'au- « ront pas encore été expédiées, soit à lui, soit à un tiers pour « son compte » (1).

vendeur, bien que le texte ne se réfère qu'à l'hypothèse où le vendeur a expédié les marchandises, s'en est dessaisi, pourtant je l'appliquerais, par analogie, au cas où le vendeur, ayant encore les marchandises en sa possession quand il apprend la faillite de l'acheteur, demande la résolution de la vente pour défaut de paiement à l'échéance. Voy. M. Renouard, t. II, p. 375. — Le tribunal qui prononcera en cas de contestation sera ordinairement le tribunal de commerce. Cependant il pourrait se faire que ce fût le tribunal civil. C'est ce que la Cour de Metz a jugé, par un arrêt du 31 mai 1843, dans une espèce où le revendiquant prétendait que certains objets avaient été par lui donnés à loyer et où la location n'avait point le caractère d'un acte de commerce (Dev.-Car., 43, 2, 506).

(1) L'art. 577 ne distingue pas suivant que le vendeur avait ou n'avait pas accordé un terme à l'acheteur pour le paiement du prix. Cet article reproduit et résume les deux dispositions suivantes du Code Napoléon :

ART. 1612 : « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'ache- « teur n'en paie pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un « délai pour le paiement. »

ART. 1613 : « Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même « il aurait accordé un délai pour le paiement, si depuis la vente l'acheteur

— La loi (art. 578) a eu soin d'indiquer que le droit de revendication et le droit de rétention ne peuvent plus s'exercer dès que l'acheteur ou ses ayants-cause exécutent le contrat. En effet, toute cause de résolution de la vente ou de rétention de la chose vendue cesse à l'égard du vendeur, dès que le prix convenu entre lui et l'acheteur est payé (1).

« est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur « se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur « ne lui donne caution de payer au terme. »

Lorsque le vendeur, par application de ces art. 1612 et 1613, se dispense de livrer la chose à l'acheteur, il est universellement admis que la vente subsiste, qu'elle n'est point résolue : le vendeur ne prétend point avoir recouvré la propriété de la chose, être définitivement libéré de son obligation de vendeur; il prétend seulement retenir provisoirement la chose comme sûreté de sa créance, *quasi pignoris nomine*. Le droit de rétention consacré par l'art. 577 du Code de commerce a-t-il une autre nature? Suivant M. Renouard (t. II, p. 371), « l'art. 577, relatif au droit de rétention après « vente, suppose implicitement, mais nécessairement, sauf la juste excep- « tion de l'art. 578, la résolution du contrat de vente, et la rétention se « légitime par cette résolution. » D'un autre côté, M. Renouard enseigne (p. 375) que la résolution ne s'effectue pas de plein droit, — de sorte que, dans sa doctrine, le vendeur qui veut exercer la rétention doit la faire admettre par les syndics, avec approbation du juge-commissaire, ou, en cas de contestation, l'obtenir du tribunal. Cette doctrine, très-bizarre en elle-même, est évidemment contraire au texte et à l'esprit de la loi. Il faut dire sans difficulté que le vendeur, en cas de faillite de l'acheteur, est autorisé de plein droit à retenir provisoirement la chose; que, s'il veut de plus faire résoudre la vente, il le peut en se conformant à l'art. 1184 du Code Napoléon, ou même, dans mon opinion, en se conformant simplement à l'art. 579 du Code de commerce.

Pour que le vendeur puisse exercer le droit de rétention, il suffit que la chose soit restée matériellement à sa disposition, quand même il aurait déclaré, lors de la vente ou depuis, que désormais il entendait posséder pour le compte de l'acheteur, par exemple en qualité de dépositaire. La Cour de Rouen est entrée dans cet ordre d'idées, en décidant, le 4 mai 1847, que le vendeur n'a pas perdu le droit de rétention lorsque, la chose vendue étant dans ses magasins, il en a seulement remis la clef à l'acheteur (Dev.-Car., 48, 2, 379).

(1) Voy., ci-dessus, p. 544, texte et note 2.

L'art. 578 prouve clairement que la vente n'est pas résolue de plein droit, par cela seul que l'acheteur est déclaré en faillite avant d'avoir payé son prix. C'est une remarque qui est faite par la Cour de cassation dans les *considérants* de son arrêt du 23 février 1858 (Dev.-Car., 58, 1, 600).

Nous avons vu ce qui concerne une première classe d'intéressés, ceux qui ont un droit de revendication. Nous avons, maintenant, à nous occuper d'une autre classe d'intéressés, de ceux qui ont un droit de préférence ou un nantissement. Cela comprend d'abord les créanciers hypothécaires et les créanciers privilégiés sur les immeubles, puis les créanciers privilégiés sur les meubles et les créanciers nantis.

§ III. DES DROITS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES OU PRIVILÉGIÉS SUR LES IMMEUBLES.

A quel point de vue devait-on considérer ici, et à propos de l'union, les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles? A deux points de vue différents :

1° Il s'agissait de savoir si les créanciers qui ont un privilége ou une hypothèque sur des immeubles du failli, seraient admis à concourir avec les créanciers chirographaires sur le prix du mobilier (1).

2° Subsidiairement, il fallait voir si, après avoir touché un dividende comme les autres créanciers dans les répartitions de l'actif mobilier, ils pourraient cumuler avec ce dividende, jusqu'à concurrence du chiffre de leur créance, le montant de leur collocation hypothécaire.

Ces deux questions devaient nécessairement trouver leur solution dans la loi sur les faillites. Elles avaient été résolues par l'ancien texte du Code, dans un sens conforme à la jurispru-

(1) *Sur le prix du mobilier.* Pourquoi n'avoir pas ajouté : *et des immeubles non grevés de leur privilége ou de leur hypothèque?* C'est qu'il peut bien arriver que le créancier Paul ait privilége ou hypothèque sur un immeuble du failli, non sur tous ses immeubles; mais il n'arrivera presque jamais que les immeubles sur lesquels Paul n'a pas privilége ou hypothèque ne soient point affectés à d'autres créanciers qui en absorberont le prix.

dence antérieure et à la pratique la plus constante; les auteurs de la loi de 1838 ont reproduit ces dispositions, sans y faire aucun changement, aucune modification (1).

Quant à la première question, il pourrait sembler que les créanciers chirographaires étaient en droit de dire aux hypothécaires et aux privilégiés sur les immeubles : « Nous ne sommes pas admis à concourir avec vous sur le prix des immeubles : nous ne pouvons pas, dès lors, être forcés de vous admettre à concourir avec nous sur le prix du mobilier, — sans quoi il n'y aurait pas de réciprocité, et nous serions injustement lésés » (2). Cette considération a bien, au premier abord, quelque chose de spécieux; cependant on ne saurait s'y arrêter. En effet, il ne faut pas l'oublier, la qualité d'hypothécaire ou de privilégié est une qualité accessoire, qui corrobore la qualité principale, essentielle, de créancier, qui lui donne plus d'efficacité; mais elle ne peut enlever aucun des droits que cette qualité de créancier confère, elle ne peut en amoindrir les effets et motiver une exclusion. Les créanciers dont nous parlons ont donc un droit de plus que s'ils n'étaient pas hypothécaires ou privilégiés; mais ils n'ont pas un droit de moins. Ils seront donc admis, en leur qualité de créanciers (qu'ils ont eu soin, je suppose, de faire vérifier et d'affirmer), aux répartitions de l'actif mobilier. C'est en ce sens que la première question devait être et a été effectivement décidée (3).

(1) En comparant les art. 539-543 de l'ancien texte et les art. 552-556 de la loi nouvelle, on aperçoit quelques différences de rédaction; quelques additions ont été apportées en 1838 dans le texte des dispositions législatives.

(2) En 1807, la Section *de l'intérieur* du Conseil d'État proposait effectivement de diviser la masse des biens en deux classes, suivant leur nature, en laissant cependant aux créanciers hypothécaires la faculté de se placer dans celle des deux classes qu'ils préféreraient. Voy. Locré, *Législation de la France*, t. XIX, p. 260.

(3) ART. 552 : « Lorsque la distribution du prix des immeubles sera faite « antérieurement à celle du prix des biens meubles, ou simultanément, « les créanciers privilégiés ou hypothécaires, non remplis sur le prix des « immeubles, concourront....., avec les créanciers chirographaires, sur

Mais pourront-ils cumuler le bénéfice de leur qualité de chirographaires avec le bénéfice de leur qualité d'hypothécaires ou de privilégiés? En d'autres termes, pourront-ils cumuler le dividende qu'ils auront touché ou qu'ils seront appelés à toucher, *sur la totalité de leur créance,* avec la somme pour laquelle ils seront colloqués sur le prix de l'immeuble grevé de leur hypothèque ou de leur privilége? A cet égard, il pouvait y avoir et il y a, en effet, difficulté. Il est même intervenu des décisions en sens contraire (1).

Pour ne pas rester dans le vague, supposons qu'un créancier est inscrit sur un immeuble de la faillite pour une somme de 12,000 fr., et qu'avant qu'il soit procédé à la vente de cet immeuble, il y ait lieu de faire une ou plusieurs répartitions de l'actif mobilier : sans aucun doute le créancier sera admis à ces répartitions pour sa créance de 12,000 fr., et, si le dividende est de 50 p. 100, il touchera 6,000 fr. (2). Mais supposons, de plus, qu'après avoir ainsi touché 6,000 fr., il soit colloqué uti-

« les deniers appartenant à la masse chirographaire, pourvu toutefois que « leurs créances aient été vérifiées et affirmées suivant les formes ci- « dessus établies. »

ART. 553 : « Si une ou plusieurs distributions des deniers mobiliers pré- « cèdent la distribution du prix des immeubles, les créanciers privilégiés « et hypothécaires, vérifiés et affirmés, concourront aux répartitions.... »

Les art. 552 et 553, en tant qu'ils parlent de créanciers *privilégiés*, supposent des créanciers qui ont un privilége spécial sur tel ou tels immeubles. Quant aux créanciers à privilége général, si la distribution du prix des immeubles a lieu la première, ils pourront se faire payer intégralement, sauf à reverser ensuite dans la masse hypothécaire ce qu'ils auront ainsi reçu, au cas où il se trouverait que le prix des meubles suffît pour les désintéresser (C. Nap., art. 2105). Si au contraire on commence par distribuer le prix des meubles, les créanciers à privilége général figureront à cette distribution jusqu'à parfait paiement; ils ne viendront dans la masse hypothécaire qu'autant que le prix des meubles n'aurait pas suffi à les désintéresser. Voy. M. Bédarride, t. III, nos 964 et 966.

(1) Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Bordeaux, du 6 décembre 1837, que M. Bravard va citer un peu plus loin.

(2) L'ancien art. 540 et le nouvel art. 553 disent positivement que le créancier dont il s'agit concourt aux répartitions de l'actif mobilier *dans la proportion de sa créance totale.*

lement pour 3,000 fr. sur le prix de l'immeuble hypothéqué : pourra-t-il réellement toucher ces 3,000 fr., qui, joints aux 6,000 fr. qu'il a déjà reçus, ne suffiront pas pour le désintéresser, car il ne recevrait que 9,000 fr. sur 12,000?

Avant de discuter cette question, je ferai remarquer qu'il peut se présenter deux autres hypothèses, qu'il me suffira d'indiquer, attendu qu'elles ne peuvent donner lieu à aucune difficulté :

La première est celle où le créancier de 12,000 fr., qui a touché un dividende de 50 p. 100, n'est colloqué utilement pour aucune partie de sa créance. Dans ce cas, évidemment, le créancier gardera les 6,000 fr. qu'il a reçus. Son hypothèque n'a jamais eu d'existence utile, et lui-même n'a jamais été qu'un créancier chirographaire (1).

(1) ART. 556 : « Les créanciers qui ne viennent point en ordre utile se-« ront considérés comme chirographaires, et soumis, comme tels, aux « effets du concordat et de toutes les opérations de la masse chirogra-« phaire. »

Sur cet art. 556 il s'est élevé une question qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation. Un failli avait obtenu un concordat. La dame P., créancière à hypothèque générale, qui n'avait pas voté au concordat, qui par conséquent n'avait point perdu son hypothèque, ne vint pas en ordre utile sur le prix des immeubles. Comme les chirographaires, elle fut payée du premier terme du dividende promis par le concordat. Lorsqu'elle se présenta pour toucher le second terme, le débiteur avait acquis de nouveaux biens, sur lesquels, en vertu de son hypothèque générale, elle avait pris inscription; et le débiteur ne consentait à payer le terme réclamé qu'autant qu'il aurait main-levée de ladite inscription. Il prétendait qu'en vertu de l'art. 556 la dame P. était devenue simple chirographaire. Cette prétention fut successivement repoussée par le tribunal de la Seine et par la Cour de Paris. Enfin la Cour de cassation consacra la même doctrine, par un arrêt de rejet, du 1er mars 1848, motivé comme il suit :

« Considérant que la défenderesse avait un droit d'hypothèque géné-« rale, acquis en vertu d'un jugement et conservé en temps utile par une « inscription prise avant la faillite; — Qu'aucune disposition du Code de « commerce ne prive le créancier muni de telles garanties du droit de « faire valoir son inscription sur les immeubles acquis depuis le concor-« dat; que les immeubles sont un gage qui vient tomber sous le coup de « l'hypothèque générale dont aucune loi ni aucune convention n'arrête les « effets; — Que le concordat, ouvrage des créanciers chirographaires, ne

La seconde hypothèse, inverse de celle-là, est l'hypothèse où le créancier est colloqué utilement pour la totalité de sa créance. Dans ce cas, il est clair qu'il ne pourra pas, tout à la fois, garder les 6,000 fr. de dividende qu'il a reçus, et toucher les 12,000 fr. pour lesquels il est colloqué : car alors il recevrait 6,000 fr. de plus que ce qui lui est dû. Il faudra donc, ou bien qu'il rende les 6,000 fr. qu'il a déjà reçus, ou bien qu'il se contente de toucher 6,000 fr. sur le montant de sa collocation. Cela est évident. Mais lequel des deux partis qui viennent d'être indiqués prendra-t-on? Le créancier touchera-t-il les 12,000 fr. pour lesquels il se trouve colloqué, sauf à rendre à la masse chirographaire les 6,000 fr. qu'il a précédemment reçus? ou bien ne touchera-t-il que 6,000 fr. sur la collocation, les autres 6,000 fr. devant être touchés par les syndics comme représentant la masse chirographaire et pour le compte de cette dernière? On ne pouvait hésiter entre ces deux manières de procéder. En effet, si l'on avait permis au créancier de toucher 18,000 fr., il aurait, sans doute, été tenu d'en restituer 6 à la masse chirographaire; mais celle-ci aurait couru le risque de l'insolvabilité du créancier; elle aurait eu, dans tous les cas, des frais, des démarches à faire pour les obtenir. Il était donc plus simple et plus sûr d'autoriser les syndics à toucher, pour le compte de la masse chirographaire, ces 6,000 fr. sur la collocation totale du créancier hypothécaire. C'est là aussi

« saurait être opposé au créancier hypothécaire qu'en tant qu'il ferait va-
« loir sa créance sur le mobilier (C. de comm., art. 556), mais qu'il ne le
« lie pas dans ses actions sur les immeubles; — Que, si le créancier hypo-
« thécaire a voulu percevoir un dividende sur la masse chirographaire,
« cette circonstance n'élève pas contre lui une fin de non-recevoir pour se
« faire payer sur les immeubles : que l'art. 554 du C. de comm. prouve
« évidemment ce point de droit; — Que tout au plus les créanciers chiro-
« graphaires pourraient mettre obstacle à ce qu'il diminue par son con-
« cours la masse chirographaire; mais que le débiteur, placé en présence
« de l'art. 2092 du Code civil, n'est armé d'aucune exception qui lui per-
« mette de retourner ce fait contre le créancier hypothécaire, lequel ne
« fait que demander ce qui lui est dû sur le gage immobilier... » (Dev.-Car., 48, 1, 478).

ce qu'ont décidé les auteurs du Code de commerce, et ceux de la loi nouvelle (1).

(1) ART. 554 : « Après la vente des immeubles et le règlement définitif « de l'ordre entre les créanciers hypothécaires et privilégiés, ceux d'entre « eux qui viendront en ordre utile sur le prix des immeubles pour la to- « talité de leur créance ne toucheront le montant de leur collocation hy- « pothécaire que sous la déduction des sommes par eux perçues dans la « masse chirographaire. — Les sommes ainsi déduites ne resteront point « dans la masse hypothécaire, mais retourneront à la masse chirogra- « phaire, au profit de laquelle il en sera fait distraction. »

Cet article est la reproduction presque littérale de l'ancien art. 541. Voici comment s'exprimait M. Treilhard, orateur du Gouvernement, dans la séance du Corps législatif du 3 septembre 1807 : « Le second créancier hypo- « thécaire n'a dû compter sur l'efficacité de son gage qu'après le paiement « intégral du premier sur le même objet : il n'a donc pas à se plaindre si « on restreint l'exercice de son droit sur ce qui peut rester après ce paie- « ment. Ainsi, le premier créancier ayant touché une partie de sa créance « aux dépens de la masse chirographaire, celle-ci se rembourse de l'a- « vance sur le prix de l'immeuble, lorsqu'il suffit pour acquitter toute la « créance. »

La Cour de cassation a fait application de notre art. 554 dans l'espèce suivante : Les sieurs G. frères avaient été déclarés en faillite en 1839 ; ils étaient propriétaires de deux domaines (*Lordadais* et *Sorgeat*) qui furent vendus, et deux ordres séparés s'ouvrirent pour la distribution des deux prix. Sur le *Lordadais* venaient d'abord le sieur de L., vendeur non payé (pour 100,000 fr.), puis les sieurs A., F. et L. Quant au *Sorgeat*, il avait été hypothéqué à la dame de C. par les sieurs G. ; la dame de C. était créancière du sieur de L. et sa créance avait été cautionnée par les sieurs G. La créance de la dame de C. lui fut payée intégralement (21,978 fr.) par l'acquéreur du *Sorgeat* ; les syndics, qui intervinrent dans l'acte, se réservèrent de répéter cette somme contre le sieur de L. dont les faillis n'étaient que cautions. En conséquence, les syndics produisirent dans l'ordre ouvert sur le prix du *Lordadais*, et ils demandèrent à être colloqués en sous-ordre, pour 21,978 fr., sur la collocation de 100,000 qui revenait au sieur de L. Cette prétention des syndics, combattue par les sieurs A., F. et L., seconds en hypothèque sur le *Lordadais*, fut successivement accueillie par le tribunal civil de Foix et par la Cour de Toulouse ; et le pourvoi formé contre cette décision fut rejeté par la Cour de cassation, le 4 juillet 1844. Voici les *considérants* de l'arrêt :

« Attendu, en droit, que, lorsqu'un créancier hypothécaire d'un failli « obtient une collocation pour la totalité de sa créance, dont une partie « lui a été payée des deniers de la masse chirographaire, cette masse a le « droit de reprendre sur la collocation de ce créancier la somme qu'elle « lui a payée, laquelle ne doit pas, aux termes de l'art. 554 du Code de

Mais revenons à la seule hypothèse qui fasse difficulté, celle où le créancier qui a, je l'ai supposé, reçu dans la masse chiro-

« commerce, rester dans la masse hypothécaire ; — Attendu qu'il résulte « des constatations de fait de l'arrêt attaqué que, par l'effet du choix qu'a « fait la veuve de C. entre deux voies de poursuites qui lui appartenaient, « elle a fait retomber sur la masse chirographaire de la faillite G. le poids « d'une créance qui était avant tout à la charge de la masse hypothécaire, « et dont elle aurait pu obtenir le paiement au moyen d'une collocation « en sous-ordre sur ce que de L., son débiteur principal, devait toucher « dans l'ordre en distribution du prix du domaine de *Lordadais*, prove- « nant originairement dudit de L. et faisant partie de l'actif de la fail- « lite G. ; — Attendu qu'en validant, dans ces circonstances de fait, une « subrogation qui a permis à la masse chirographaire de la faillite de re- « prendre, dans l'ordre ouvert sur le domaine de *Lordadais*, ce qu'elle « avait payé à la décharge d'un créancier hypothécaire et privilégié sur le « prix dudit domaine, l'arrêt attaqué s'est conformé aux principes ci- « dessus posés et n'a violé aucune loi.... » (Dev.-Car., 44, 1, 481).

Nous avons ici l'exemple d'un cas où le prix d'un immeuble (du *Sorgeat*) devait profiter à la masse chirographaire. Voy., ci-dessus, p. 551 , note.

— La Cour de Rouen a jugé avec raison, par son arrêt du 25 janvier 1855, que notre art. 554 n'est pas applicable au cas où le créancier hypothécaire, après avoir touché un dividende promis par concordat, est ensuite colloqué utilement dans l'ordre ouvert sur le prix d'un immeuble (voy., ci-dessus, p. 554, note) : « Les créanciers hypothécaires, dit la « Cour, peuvent prendre part aux dividendes que distribue le débiteur, « parce qu'ils ont, comme tous les créanciers, droit au gage commun ; ces « paiements partiels diminuent d'autant leurs créances, de façon que les « créanciers premiers en hypothèque et utilement colloqués laissent libre, « au profit de ceux qui viennent après eux, une somme égale à celle qu'ils « ont reçue au moyen des dividendes. Mais il n'est pas possible, hors le cas « de faillite subsistante, d'appeler les créanciers chirographaires, et moins « encore le débiteur commun, à venir s'interposer entre ceux des créan- « ciers hypothécaires que ces dividendes ont servi à désintéresser et les « autres créanciers que l'ordre de leur hypothèque appelle immédiate- « ment après ceux-ci : ce serait, en dehors de la faillite et dans une situa- « tion uniquement régie par la loi civile, porter atteinte au privilége ex- « clusif que l'hypothèque confère aux créanciers nantis de cette sûreté « jusqu'à leur parfait paiement ou jusqu'à épuisement de l'immeuble. »

M. Bédarride justifie très-bien cette décision lorsqu'il dit (t. III, n° 976 *bis*) : « Après le concordat, la distribution du dividende aux créan- « ciers hypothécaires n'est plus ni faite ni reçue à titre d'avance. Elle est « un paiement définitif, éteignant d'autant la créance... Contraindre les « hypothécaires à restituer au failli concordataire les dividendes qu'ils ont « reçus de lui, ce ne serait plus protéger la masse chirographaire, qui d'ail-

graphaire 6,000 fr., à titre de dividende de 50 p. 100 sur sa créance de 12,000 fr., est ensuite colloqué utilement pour 3,000 fr. sur le prix de l'immeuble hypothéqué : pourra-t-il cumuler, avec ses 6,000 fr. de dividende, les 3,000 fr. formant le montant de sa collocation hypothécaire, et recevoir ainsi 9,000 fr. sur les 12 dont il est créancier? Il y a des auteurs qui ont cru pouvoir résoudre cette question par un procédé, mécanique en quelque sorte. Ils disent : « Il faut procéder comme si la vente de l'immeuble et l'ordre avaient précédé les répartitions de l'actif mobilier. Or, dans ce cas que serait-il arrivé? Le créancier aurait touché 3,000 fr. sur le prix de l'immeuble hypothéqué : il ne serait donc plus resté créancier que de 9,000, et, dès lors, il n'aurait eu droit qu'à un dividende de 50 p. 100 sur 9,000, et n'aurait reçu, par conséquent, que 4,500 fr. Or, il s'est présenté comme créancier de 12,000 et a reçu, par suite, 6,000 fr. : c'est donc une somme de 1,500 fr. qu'il a reçue en trop, et que la masse chirographaire a le droit de retenir sur sa collocation hypothécaire. Il ne recevra donc, en définitive, que 7,500 fr. »

Sans me prononcer encore sur cette solution en elle-même, je dois insister dès à présent sur ce qu'il y a de peu satisfaisant à la faire dépendre, non d'une raison de droit, mais, pour ainsi dire, d'une pure raison de fait, de la priorité de telle opération ou de telle autre, priorité prise comme point de départ de la décision, comme fournissant en quelque sorte la clef de la difficulté (1).

« leurs a cessé d'exister; ce serait vouloir enrichir le failli au détriment de « ses légitimes créanciers. »

(1) L'idée de M. Bravard est que cette formule *Les choses doivent toujours se passer comme si la distribution du prix des immeubles avait précédé la distribution du prix des meubles*, n'est pas évidente par elle-même, qu'elle a besoin d'être justifiée en droit. Mais il est permis de dire qu'on ne comprendrait pas un système dans lequel le créancier hypothécaire obtiendrait en définitive une somme plus ou moins forte suivant que la distribution du prix des immeubles aurait précédé ou au contraire aurait suivi la distribution du prix des meubles. C'est aussi ce que M. Regnaud

Je dois ajouter qu'il y a là une pétition de principe : car, en supposant même que l'ordre ait précédé la contribution, la question n'en pourra pas moins s'élever; et, dans une espèce où précisément on avait commencé par l'ordre, où le créancier avait touché la plus grande partie de sa créance sur le prix de l'immeuble hypothéqué, la Cour de Bordeaux a jugé que malgré cela le créancier avait le droit de réclamer dans la masse chirographaire un dividende proportionnel au chiffre total de sa créance. Dans l'espèce de cet arrêt, le créancier avait une créance de 43,000 fr., il avait touché dans l'ordre 25,000 fr. (1) : il ne lui était donc plus dû que 18,000 fr.; néanmoins il demanda que sa créance totale figurât dans les répartitions de l'actif mobilier, et qu'il fût admis à toucher un dividende calculé sur ce chiffre, au moins jusqu'à concurrence des 18,000 fr. qui lui restaient dus. Et la Cour de Bordeaux consacra la prétention du créancier hypothécaire, en ces termes :

« Attendu, quant à la quotité du dividende, qu'il est relatif « à la quotité de la créance telle qu'elle existait au moment de « l'ouverture de la faillite; que, si le créancier hypothécaire a « l'avantage de se faire payer d'une partie de sa créance dans « la distribution du prix des immeubles qui lui sont affectés, il « en résulte bien qu'il reçoit une somme plus forte que les « créanciers chirographaires, mais que cet avantage, qu'il doit « à la nature de son titre, n'empêche pas qu'il n'ait dû figurer, « pour la totalité de sa créance, dans le bilan du failli, et qu'il « ne prenne son dividende dans la masse chirographaire sur sa « créance intégrale, lorsque le dividende n'excède pas le mon- « tant de la dette originaire..... » (2).

de St-Jean-d'Angely fit remarquer avec raison dans la discussion du Conseil d'État (séance du 23 avril 1807).

(1) M. Bravard a pris ici des chiffres ronds, pour rendre son exposition plus claire et plus saisissante. Voici quels étaient réellement les chiffres dans l'espèce : la créance était de 43,225 fr. 70 cent., et le créancier avait touché dans l'ordre 25,785 fr. 78 cent.

(2) Arrêt du 6 décembre 1837 (Dev.-Car., 39, 2, 194).

Il y a là une confusion d'idées et une erreur de principe. En effet, le créancier n'avait pas été inscrit dans la masse comme créancier chirographaire de 43,000 fr.; il avait été inscrit, au contraire, pour cette somme, comme créancier hypothécaire; et, puisqu'il avait été colloqué utilement pour 25,000 fr., sa créance chirographaire se trouvait n'être et n'avoir jamais été que de 18,000 fr. Il ne pouvait donc réclamer qu'un dividende proportionnel à 18,000 fr., et non un dividende proportionnel à 43,000 fr. (1).

Dès lors, pour en revenir à notre espèce, nous dirons que, quand le créancier hypothécaire a reçu un dividende de 50 p. 100 sur une créance de 12,000 fr., et qu'ensuite sur le prix de l'immeuble il est colloqué utilement pour 3,000 fr., sa créance chirographaire n'est et n'a jamais été que de 9,000 fr., puisque pour les trois autres mille francs elle était hypothécaire; il n'aurait dû prendre, dans la masse chirographaire, qu'un dividende de 50 p. 100 sur 9,000 fr., par conséquent 4,500 au lieu de 6,000 fr. : il a donc reçu 1,500 fr. de trop, et ces 1,500 fr. lui seront retenus, au profit de la masse chirographaire, sur le montant de sa collocation (2).

(1) La décision de la Cour de Bordeaux est d'autant plus incompréhensible qu'elle a été prononcée sous l'empire d'un texte ainsi conçu : « Lors« que la distribution du prix des immeubles sera faite antérieurement à « celle du prix des meubles, ou simultanément, les seuls créanciers hy« pothécaires non remplis sur le prix des immeubles concourront, A PRO« PORTION DE CE QUI LEUR RESTERA DU, avec les créanciers chirographaires, « sur les deniers appartenant à la masse chirographaire » (ancien art. 539). Le principe de cet article n'a été voté qu'après une longue discussion au Conseil d'État (Locré, *Législ. civ.*, t. XIX, p. 291 et suiv.). Comp. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1068. — Sans doute, comme nous le verrons bientôt, le créancier qui a deux débiteurs solidaires peut, après avoir obtenu un dividende dans la faillite du débiteur Primus, se présenter à la faillite du débiteur Secundus pour la valeur nominale de sa créance originaire (art. 542); mais il n'y a aucun argument à tirer de cette disposition pour la solution du cas qui nous occupe en ce moment, cas où il n'existe qu'un seul débiteur et qu'une seule faillite.

(2) Cela ne résulte pas seulement des principes, cela résulte aussi du texte formel de l'art. 555, qui est ainsi conçu : « A l'égard des créanciers

Il faut donc, en définitive, s'attacher à cette idée, que, quand on ne sait pas jusqu'à concurrence de quelle somme l'hypothèque peut être utile au créancier, on le considérera provisoirement comme créancier chirographaire ou ordinaire pour la totalité de sa créance; mais que, quand une fois on saura à quoi s'en tenir sur la valeur de son hypothèque, on lui retiendra, sur le montant de sa collocation hypothécaire, ce qu'il aura touché dans la masse chirographaire pour la partie de sa créance qui, en réalité, ne pouvait pas figurer dans cette masse, c'est-à-dire pour la partie qui était efficacement garantie par l'hypothèque. Voilà la véritable raison de décider (1).

Il y a un créancier hypothécaire dont on s'est spécialement occupé, c'est la femme du failli. Le droit commun accorde aux femmes mariées une hypothèque légale, qui doit être inscrite sans doute, mais dont les effets sont indépendants de l'inscription (2). Cette hypothèque prend rang du jour du mariage, pour les reprises et conventions de la femme; — pour les successions qu'elle a recueillies et pour les donations qui lui ont été faites, du jour où la donation a eu son effet ou du jour de l'ouverture de la succession; — pour le remploi de ses propres alié-

« hypothécaires qui ne seront colloqués que partiellement dans la distri-
« bution du prix des immeubles, il sera procédé comme il suit : leurs droits
« sur la masse chirographaire seront définitivement réglés d'après les
« sommes dont ils resteront créanciers après leur collocation immobi-
« lière, et les deniers qu'ils auront touchés au-delà de cette proportion,
« dans la distribution antérieure, leur seront retenus sur le montant de
« leur collocation hypothécaire, et reversés dans la masse chirogra-
« phaire. »

(1) Cette raison s'applique également toutes les fois qu'il s'agit de déterminer ce que devront toucher en définitive les différents créanciers d'un insolvable. Ainsi, les principes qui viennent d'être posés doivent être suivis, par exemple, en matière de succession bénéficiaire. Voy. M. Demante, *Cours Analytique*, t. III, nº 130.

(2) L'hypothèque s'exerce soit comme *droit de préférence*, soit comme *droit de suite* (C. Nap., art. 2114). L'hypothèque légale de la femme mariée n'est dispensée de l'inscription qu'au point de vue du *droit de préférence*.

nés, du jour de l'aliénation ; — pour l'indemnité des dettes par elle contractées dans l'intérêt de son mari, du jour de l'obligation (1). Enfin, cette hypothèque est générale, en ce sens qu'elle frappe sur les immeubles présents et futurs du mari (2).

Quand le mari est en faillite, on ne supprime pas l'hypothèque de la femme; on la maintient, au contraire, mais avec des restrictions que l'intérêt des créanciers rend nécessaires. Ces restrictions ne portent ni sur le rang de l'hypothèque, ni sur la dispense d'inscription (3); elles portent uniquement sur la géné-

(1) Voy. l'art. 2135 du Code Napoléon.

(2) Voy. les art. 2121 et 2122 du Code Napoléon. On peut dire aussi que l'hypothèque de la femme est *générale*, en ce sens qu'elle garantit absolument toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari.

(3) Elles ne portent pas non plus sur la nature, sur la qualité des créances garanties par l'hypothèque légale : le principe que la femme a hypothèque pour toutes les créances qui peuvent lui appartenir vis à vis de son mari, ce principe continue de s'appliquer au cas de faillite du mari. En effet, le nouvel art. 563 du Code de commerce reproduit presque littéralement l'énumération donnée par l'art. 2135 du Code Napoléon; or, il est universellement admis que les créances énoncées dans ce dernier article comme prenant rang à telle ou telle date ne sont point les seules pour lesquelles existe l'hypothèque légale de la femme : l'énumération de notre art. 563 n'est pas davantage limitative. Voy. M. Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, p. 265. — Je signalerai seulement deux différences entre l'énumération du Code Napoléon et l'énumération du Code de commerce :

1° Aux termes de l'art. 2135 du Code Napoléon, les femmes ont hypothèque, à compter du jour du mariage, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales; l'art. 563 du Code de commerce mentionne les deniers et effets mobiliers que la femme aura apportés en dot, il ne parle point des *conventions matrimoniales*. La raison en est simple : les *conventions matrimoniales* que suppose l'article du Code Napoléon, ce sont les avantages que le mari a pu faire à la femme par le contrat de mariage; or, dans le cas prévu par l'art. 563 du Code de commerce, la femme ne peut exercer aucune action à raison de ces avantages (voy. l'art. 564).

2° Aux termes de l'art. 563 du Code de commerce, la femme ne peut exercer son hypothèque légale pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou par donation qu'autant qu'elle en prouve la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine. Aucune exigence du même genre ne se trouve dans la loi civile. Le Code de commerce de 1808 (art. 551)

ralité, sur l'étendue de l'hypothèque qui, en cas de faillite du mari, est restreinte aux immeubles qu'il possédait le jour de la célébration du mariage, ou, s'il les a acquis postérieurement, qui proviennent d'une cause étrangère aux créanciers, cause qui ne permet pas de supposer que ces immeubles ont été payés avec les deniers fournis par les créanciers, comme dans le cas où ils sont advenus au mari par succession ou par donation (1).

On aurait pu, en partant de cette idée, que le commerçant qui achète des immeubles est présumé les payer avec des deniers provenant de ses créanciers, ce qui fait que le prix de ces immeubles ne saurait être spécialement affecté à la sûreté des droits de la femme, on aurait pu, dis-je, logiquement pousser la rigueur plus loin, et, quand la femme a épousé un commerçant, lui refuser hypothèque, non-seulement sur les immeubles acquis à titre onéreux par son mari depuis le mariage, mais encore sur ceux qu'il aurait acquis ainsi, avant le mariage, depuis l'origine de son commerce : car la présomption dont il s'agit s'applique aussi bien aux uns qu'aux autres. Mais les rédacteurs du Code de commerce, qui avaient été très-rigoureux à l'égard de la femme du failli (2), n'avaient pas poussé la rigueur jusque-

donnait hypothèque à la femme pour les deniers et effets mobiliers qu'elle justifiait par acte authentique avoir apportés en dot, il ne disait rien de particulier quant à la preuve du paiement ou de la délivrance entre les mains du mari; mais la jurisprudence exigeait de la femme une preuve authentique de ce paiement ou de cette délivrance (voy. M. Bédarride, t. III, n° 1036). La loi nouvelle est donc moins rigoureuse qu'on ne l'était sous l'empire du Code, puisqu'elle se contente d'un acte sous seing privé ayant date certaine. Et, sous l'empire de la loi nouvelle, la Cour de cassation a jugé (27 décembre 1852) que la femme était en règle par cela seul qu'elle rapportait une quittance notariée attestant que des deniers avaient été comptés à la femme assistée et autorisée de son mari (Dev.-Car., 53, 1, 161). La même Cour a jugé (22 février 1860) que, lorsqu'il a été dit dans le contrat de mariage que l'acte de célébration vaudra quittance de la dot promise à la femme, cet acte de célébration, rapproché du contrat de mariage, constitue un *acte ayant date certaine* dans le sens de l'art. 563 (Dev.-Car., 60, 1, 433).

(1) Voy. le nouvel art. 563.

(2) Voy., ci-dessus, p. 526 et suiv.

là : ils avaient sans doute considéré qu'au moment du mariage le débiteur pouvait constituer hypothèque sur ses immeubles présents, au profit d'un tiers, et que, ce que le mari pouvait faire en faveur d'un tiers, la loi pouvait le faire en faveur de la femme. D'ailleurs, il eût été véritablement bizarre de mettre l'effet avant la cause, de faire subir à la femme les conséquences de cette qualité de femme mariée pour un temps où elle n'existait pas encore. Qu'elle subisse dans une certaine mesure les effets de la mauvaise fortune de son mari, à compter du jour du mariage, cela est assez équitable; mais, pour le temps antérieur, ses droits doivent rester entiers.

Les restrictions ne peuvent donc frapper que sur le temps qui suit le mariage, non sur l'époque antérieure. A cet égard, les auteurs de la nouvelle loi et ceux du Code se sont trouvés d'accord. Mais les auteurs du Code avaient affranchi de l'hypothèque légale tous les immeubles sans distinction, dont le mari était devenu propriétaire depuis le mariage (1), tandis que les auteurs de la nouvelle loi, plus conséquents et plus équitables, ont maintenu l'hypothèque de la femme sur les immeubles que le mari aurait acquis, même depuis le mariage, si c'est par succession ou par donation : car alors il est parfaitement évident que ces immeubles ne proviennent ni directement ni indirectement des créanciers (2).

(1) Voy. l'ancien art. 551.

(2) Un acte sous seing privé constate l'achat d'un immeuble par le mari; d'après la date de cet acte, l'achat serait postérieur à la célébration du mariage. Il faut admettre sans difficulté que la femme, qui prétend exercer son hypothèque sur ledit immeuble, peut prouver par tous les moyens que l'acte a été *postdaté* et qu'en réalité l'immeuble appartenait déjà au mari lors de la célébration du mariage. Un jugement du tribunal de Saint-Marcellin, confirmé par la Cour de Grenoble le 28 juin 1858, a même jugé qu'en présence d'un acte notarié postérieur au mariage, la femme est recevable à prouver que la vente réelle de l'immeuble avait été verbalement consentie au mari antérieurement au mariage (Dev.-Car., 59, 2, 249). Voy. aussi en ce sens M. Bédarride, t. III, n° 1033 *bis*.

— L'art. 563 restreint l'hypothèque légale de la femme aux immeubles qui appartenaient déjà au mari lors de la célébration du mariage ou qui

Il y a un autre point sur lequel la loi nouvelle est moins rigoureuse que l'ancienne. Cette restriction à l'hypothèque de la

lui sont advenus depuis par succession ou par donation. Si le mari, depuis la célébration, avait échangé l'un des immeubles ainsi affectés à la femme, l'hypothèque légale devrait frapper l'immeuble acquis en contre-échange, car évidemment le mari ne se l'est pas procuré aux dépens de ses créanciers. J'en dirais autant lors même que le mari aurait dû payer une soulte, pourvu bien entendu que la soulte ne fût pas tellement considérable qu'il faudrait voir dans l'opération un achat plutôt qu'un échange.

Une question analogue s'est présentée plusieurs fois dans la pratique pour le cas où le mari, par suite d'un partage ou d'une licitation, a obtenu la totalité d'un immeuble sur lequel il n'avait d'abord, soit lors de la célébration, soit depuis et en vertu d'une succession ou d'une donation, qu'un droit indivis. La question a été diversement résolue. Le dernier arrêt qui, à ma connaissance, ait été rendu sur ce point est un arrêt de la Cour de Grenoble, du 5 août 1857. Cet arrêt se prononce en faveur de la femme, par les motifs suivants : « Le législateur, en disposant dans l'art. 883 du « Code Napoléon que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et « immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur « licitation, a posé un principe général et absolu, réclamé par de nombreu- « ses considérations. — L'art. 563 du Code de commerce portant que la « femme d'un commerçant aura hypothèque, non-seulement sur les biens « qui appartenaient à son mari à l'époque de la célébration du mariage, « mais aussi sur ceux qui lui seraient advenus par succession, il résulte « formellement de cette dernière disposition que l'immeuble devenu la « propriété du mari à la suite d'un partage ou d'une licitation entre lui et « ses cohéritiers, est frappé de l'hypothèque de la femme du jour de l'ou- « verture de la succession, puisqu'il est incontestable qu'il en est propriétaire à titre d'héritier et par succession, et que la licitation, comme le « partage, l'a fait succéder seul et immédiatement à l'immeuble licité ; — « Puisque le législateur, dans l'art. 563, s'est borné à dire que l'immeuble « advenu au mari par succession serait soumis à l'hypothèque de la femme, « loin d'avoir voulu déroger au principe général qu'il avait posé dans l'ar- « ticle 883 du Code Napoléon, il a été au contraire dans son intention de « le maintenir et de s'y référer..... » (Dev.-Car., 58, 2, 633). En faveur de cette doctrine on peut ajouter les deux considérations suivantes : 1° Les créanciers du mari, aux termes de l'art. 882 du Code Napoléon, pouvaient intervenir au partage afin d'empêcher qu'il ne fût fait en fraude de leurs droits : tant pis pour eux s'ils n'ont pas profité de cette faculté. 2° Le projet présenté par le Gouvernement en 1834 n'accordait hypothèque à la femme que sur les immeubles appartenant au mari lors de la célébration du mariage; dans la discussion à la Chambre des députés, M. Moreau (de la Meurthe) proposa de l'étendre aux biens qui arriveraient au mari par succession. Or, voici en quels termes M. Renouard combattit cette proposition :

femme n'est admise qu'autant que la femme a pu s'y attendre; or, si, au moment où elle s'est mariée, son mari n'était pas

« Ne doit-on pas prévoir le cas où le mari se fera attribuer sa part hérédi-
« taire en immeubles, au lieu de la recevoir en argent? De cette manière,
« la femme trouverait, par son hypothèque sur les immeubles, un avan-
« tage qui n'existerait pas pour elle si le mari avait pris sa part en argent.»
M. Renouard signalait ainsi une conséquence nécessaire de l'amendement proposé, cela ne fut contesté par personne : donc, en adoptant l'amendement, le pouvoir législatif se trouve avoir adopté par là même la conséquence dont il s'agit. — Voy. cependant, en sens contraire, M. Demolombe, *Successions*, t. v, n° 328.

Si le mari a fait des constructions sur un immeuble qui lui appartenait déjà lors du mariage ou qui lui est advenu depuis par succession ou par donation, l'hypothèque de la femme s'étendra-t-elle à la plus-value ainsi créée? La jurisprudence admet l'affirmative : voy. l'arrêt de la Cour de Rouen, du 29 décembre 1855, et l'arrêt de la Cour de Grenoble du 28 juin 1858 (Dev.-Car., 57, 2, 753 ; 59, 2, 249). Elle se borne à invoquer l'art. 2133 du Code Napoléon, aux termes duquel l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. J'admets bien que le mot *améliorations* de l'art. 2133 comprend même les constructions. Mais j'ajoute que le principe de cet article, auquel une première dérogation est apportée en faveur des architectes et ouvriers qui ont créé la plus-value (C. Nap., art. 2103), doit en souffrir une deuxième en faveur des créanciers de la faillite dans le cas prévu par notre art. 563. En effet, d'une part, nous pouvons facilement distinguer ici deux immeubles, celui qui existait avant les travaux du mari, et la plus-value immobilière résultant de ces travaux; d'autre part, ce dernier immeuble n'appartenait point au mari lors de la célébration, ne lui est point advenu par succession ni par donation, le mari l'a véritablement acquis à prix d'argent, et par conséquent la femme n'y a pas plus de droit que sur un immeuble acheté depuis le mariage.

— La restriction que l'art. 563 apporte au droit de la femme doit-elle être appliquée même au cas où le mari, ayant acheté un immeuble depuis la célébration du mariage, l'a ensuite revendu, de sorte que lors de la déclaration de faillite du mari l'immeuble se trouve entre les mains d'un tiers détenteur ? Ce tiers-détenteur, qui n'a pas purgé, se trouve-t-il néanmoins, par application de notre art. 563, à l'abri de l'action hypothécaire de la femme ? L'affirmative me paraît certaine. En effet, d'abord le texte de la loi ne distingue pas si l'immeuble acheté par le mari est ou non sorti de ses mains : il dit, en termes absolus, que les immeubles qui lui appartenaient lors de la célébration ou qui lui sont advenus depuis par succession ou par donation sont seuls soumis à l'hypothèque de la femme. D'ailleurs, la restriction établie par l'art. 563 l'a évidemment été dans l'intérêt de la masse de la faillite ; or, même dans le cas qui nous occupe, la

commerçant, et si rien ne pouvait lui faire supposer qu'il avait l'intention de le devenir, il serait inique que le mari pût, par un fait que la femme ne saurait ni prévoir ni empêcher, en embrassant la profession de commerçant, lui enlever des garanties sur lesquelles elle avait compté en contractant mariage. Il faudra donc, pour que les restrictions dont il s'agit soient admises, ou que le mari soit commerçant au moment de la célé-

masse a intérêt à ce que la femme n'exerce pas son hypothèque : car l'action hypothécaire dirigée contre le tiers-détenteur réfléchirait toujours contre cette masse. C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la Cour d'Agen, par un arrêt du 22 juillet 1859, rendu à l'occasion d'une affaire qui devait être régie par le Code de 1808. La Cour, du reste, fait très-bien remarquer que, si avant la faillite du mari la femme eût obtenu sa séparation de biens et poursuivi hypothécairement le tiers-acquéreur, alors on n'aurait pas pu lui opposer l'art. 563, lequel ne s'applique qu'au cas de faillite (Dev.-Car., 60, 2, 86).

Par une application, en quelque sorte inverse, de ce même principe que la restriction établie par l'art. 563 suppose essentiellement la faillite du mari, la Cour de cassation a jugé, le 14 avril 1858, que la femme pouvait être colloquée sur la généralité des immeubles du mari lorsque celui-ci, commerçant lors de la célébration du mariage, avait ensuite quitté le commerce et par suite ne pouvait plus être déclaré en faillite (Dev.-Car., 58, 1, 670).

Mais la circonstance que le mari, déclaré en faillite, a ensuite obtenu un concordat n'exclut point l'application de l'art. 563 : dès qu'il y a eu déclaration de faillite, il y a droit acquis pour les créanciers à ce que l'hypothèque de la femme soit restreinte dans les termes de l'art. 563; décider le contraire, ce serait encourager les créanciers à ne point accorder le concordat. Maintenant, on se demande à quel moment il est permis de dire qu'il n'y a plus faillite, à quel moment par conséquent la femme recouvre le droit d'exercer son hypothèque dans toute sa généralité. M. Massé (t. II, n° 1350) enseigne que c'est dès le moment où toutes les dettes hypothécaires ont été payées, où les dividendes promis par le concordat ont été acquittés. La Cour de cassation, au contraire, décide (arrêt du 1er décembre 1858) que c'est seulement au moment où le failli obtient sa réhabilitation (Dev.-Car., 59, 1, 113). Cette dernière décision me paraît préférable. En effet, d'abord elle est plus conforme au texte de l'art. 563, l'état de faillite n'étant définitivement purgé que par la réhabilitation. En outre, elle est bien d'accord avec l'esprit du législateur, en ce sens que le failli, pouvant employer le prix des immeubles achetés depuis le mariage à payer ses dettes, arrivera plus facilement à remplir les conditions de la réhabilitation.

bration du mariage, ou du moins qu'il le soit devenu peu de temps après, dans l'année, et que la femme pût s'y attendre : car, si rien à cet égard ne pouvait lui faire soupçonner l'intention de son mari d'embrasser la profession du commerce, quand même il embrasserait cette profession dans l'année, la femme conserverait le bénéfice du droit commun : tel serait le cas où, au moment du mariage, le mari serait notaire, avoué, médecin, etc. Il faudra donc, quand le mari n'est devenu commerçant que depuis le mariage, il faudra, pour que la femme soit traitée comme si le mari était déjà commerçant au moment du mariage, qu'à ce moment il n'eût pas de profession civile déterminée.

Les rédacteurs du Code de commerce s'étaient montrés plus rigoureux. Ils traitaient la femme comme si le mari avait été commerçant au moment du mariage, à quelque époque qu'il le fût devenu, lorsqu'au moment du mariage il n'avait pas de profession déterminée, et, alors même qu'il en avait une, s'il était devenu commerçant dans l'année (1), — tandis qu'aujourd'hui, quand le mari n'est pas commerçant lors du mariage, le fût-il devenu dans l'année, la femme conserverait le bénéfice du droit commun, si au moment du mariage le mari avait une profession civile; et elle conserverait ce bénéfice, dans tous les cas, si c'é-

(1) Après avoir dit, dans l'art. 549, que la femme ne peut exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, et, dans l'art. 551, que la femme dont le mari était commerçant lors de la célébration du mariage n'aura hypothèque que sur les immeubles qui lui appartenaient à cette époque, le Code de 1808 ajoutait :

Art. 552 : « Sera, à cet égard, assimilée à la femme dont le mari a été « commerçant à l'époque de la célébration du mariage, la femme qui aura « épousé un fils de négociant, n'ayant à cette époque aucun état ou profes- « sion déterminée et qui deviendrait lui-même négociant. »

Art. 553 : « Sera exceptée des dispositions des art. 549 et 551, et jouira « de tous les droits hypothécaires accordés aux femmes par le Code civil, « la femme dont le mari avait, à l'époque de la célébration du mariage, une « profession déterminée autre que celle de négociant. Néanmoins cette ex- « ception ne sera pas applicable à la femme dont le mari ferait le com- « merce dans l'année qui suivrait la célébration du mariage. »

tait après l'année que le mari était devenu commerçant (1). On a donc, en 1838, notablement adouci et amélioré la législation à cet égard (2).

(1) Supposons que le mari soit devenu commerçant plus d'un an après le mariage; ou bien supposons qu'il soit devenu commerçant dans l'année du mariage, mais que lors du mariage il eût une profession déterminée. J'ai quelquefois entendu dire qu'en cas pareil sans doute l'hypothèque de la femme frapperait les immeubles achetés par le mari dans l'intervalle entre le jour de la célébration et le jour où il est devenu commerçant, mais qu'elle ne frapperait pas les immeubles achetés depuis le jour où il a embrassé le commerce, ceux-ci lui ayant été acquis aux dépens de ses créanciers. Cette opinion est évidemment inadmissible. Si elle était fondée, il faudrait dire *a fortiori* que la femme qui épouse un commerçant n'a pas hypothèque sur les immeubles qu'il a achetés depuis qu'il fait le commerce; or, ceci est directement contraire au texte de la loi (voy. ci-dessus, p. 563 et 564).

(2) L'hypothèque légale de la femme mariée est la seule que la loi commerciale restreigne pour cause de faillite. Ainsi l'hypothèque légale du mineur subsiste, avec toute l'étendue que lui donne le droit commun, malgré la faillite du tuteur. La Cour de Colmar a fait application de cette idée dans l'espèce suivante : Un sieur N., qui n'avait pas de profession déterminée lors de son mariage, était devenu commerçant trois mois après; dans le contrat de mariage une somme de 10,000 fr. avait été constituée en dot par les père et mère de la future. En 1853, la dame N. vient à mourir laissant deux enfants mineurs; en 1856, le sieur N. meurt à son tour, et meurt en état de faillite. La Cour de Colmar, dans son arrêt du 2 février 1857, commence par proclamer que, plus de dix ans s'étant écoulés depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot, les héritiers de la dame N. pouvaient, en s'appuyant sur l'art. 1569 du Code Napoléon, la répéter contre les représentants du mari, sans être tenus de prouver que celui-ci l'avait reçue ; que l'événement de la faillite n'enlevait pas auxdits héritiers le droit de se présenter et d'être admis au passif de la faillite, en qualité de créanciers chirographaires, pour le montant des reprises de la dame N.; qu'en effet l'art. 563 du Code de commerce ne s'applique qu'au cas où c'est le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme qui est réclamé. Puis la Cour ajoute : « Attendu que, du 7 juin 1853, date de la mort de sa « femme, au 22 mai 1856, date de sa propre mort, N. a été le tuteur légal « de ses deux filles encore mineures; qu'à ce dernier titre, ses biens im- « meubles étaient soumis, pour raison de sa gestion, à l'hypothèque légale « des pupilles, du jour de l'ouverture de la tutelle; que cette hypothèque « protégeait nécessairement les reprises dotales dont N. était débiteur en- « vers ses enfants et qui étaient exigibles à la dissolution du mariage; que « le bénéfice de l'hypothèque établie par les articles 2121 § 3 et 2135 n° 1 « du Code Napoléon doit, dans les circonstances de la cause, se cumuler

Une dernière observation qui s'applique à certains droits de la femme, aux avantages qui ont pu lui être faits par son contrat de mariage, c'est que, sous les mêmes conditions que l'hypothèque légale, ces droits sont soustraits à l'empire du droit commun. En effet, la femme ne peut se prévaloir de ces avan-

« avec celui de l'hypothèque dérivant de l'art. 563 du Code de commerce; « que ces deux droits sont distincts comme les sources d'où ils procèdent; « que celui-ci provient du chef de la mère, qui pouvait l'exercer elle-même « de son vivant; que celui-là est propre et personnel aux demoiselles N., « qui ne l'ont point recueilli dans la succession maternelle; qu'il suit de là « que les biens du père, débiteur de cette succession et tuteur de ses en- « fants, étaient soumis à deux hypothèques séparées et indépendantes, « l'une se rattachant aux créances de la femme, l'autre régie par les règles « spéciales aux faits de tutelle :

« La Cour dit et ordonne que, indépendamment du droit hypothécaire « résultant de l'art. 563 du Code de commerce, les mineures N. auront pour « la somme de 10,000 fr. un droit d'hypothèque légale sur tous les biens « immeubles du sieur N., leur père et tuteur » (Dev.-Car., 57, 2, 681).

— On s'est demandé si la disposition de l'art. 560, d'après laquelle la femme ne peut revendiquer ses effets mobiliers non entrés en communauté qu'en en prouvant l'identité par acte authentique (ci-dessus, p. 526 et suiv.), doit recevoir son application toutes les fois que le mari est en faillite ou seulement dans le cas prévu par l'art. 563, c'est-à-dire lorsque le mari était déjà commerçant au jour de la célébration du mariage ou lorsque, n'ayant point alors d'autre profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année. Il peut sembler qu'il y a même raison de décider, soit que la femme veuille revendiquer ses effets mobiliers, soit qu'elle veuille exercer son hypothèque légale; mais je ne crois pas qu'il soit permis à l'interprète de compléter ainsi l'art. 560 avec l'art. 563. C'est aussi ce qu'a reconnu la Cour de Rouen, par son arrêt du 16 avril 1857. Voici comment est motivé cet arrêt : « L'art. 560, reproductif des arti- « cles 547 et 554 de l'ancien Code de commerce, ne permet à la femme du « failli de reprendre en nature ses apports mobiliers qu'autant qu'elle « justifie de leur identité par inventaire ou autre acte authentique, sinon « tous les effets mobiliers sont acquis aux créanciers du mari. Cet article « est général et absolu; il ne distingue pas, comme le fait l'art. 563, après « les art. 551, 552 et 553 de l'ancien Code, relativement à l'hypothèque « légale sur les immeubles, entre le cas où le mari avait, au moment du « mariage, une profession déterminée, et celui où il était déjà commer- « çant. Ni dans le texte ni dans la discussion de ces articles en 1807 et « 1838 on ne trouve rien qui permette de penser que le législateur « ait voulu que l'art. 560 s'expliquât par l'art. 563 » (Dev.-Car., 58, 2, 51).

tages contre la faillite de son mari, quand même ils auraient précédé d'un très-long temps la cessation des paiements. On n'a pas voulu qu'elle pût bénéficier, alors que tous les créanciers perdent, qu'elle pût amoindrir encore, pour se payer de simples libéralités, un actif insuffisant pour les désintéresser. La femme ne doit pas être admise, lorsqu'il ne s'agit pour elle que de gagner, que de bénéficier, à concourir avec les créanciers, qui ne combattent que pour ne pas perdre. Mais, en sens inverse, les créanciers ne pourront se prévaloir contre elle des avantages qu'elle aurait faits à son mari par le même contrat de mariage. A cet égard, l'ancien texte et le nouveau sont d'accord (1).

§ IV. DES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS SUR CERTAINS MEUBLES OU SUR LA GÉNÉRALITÉ DES MEUBLES.

Les créanciers dont il s'agit sont compris dans la Section II du Chapitre VII, intitulée *Des créanciers nantis de gage et des créanciers privilégiés sur les biens meubles.*

(1) Comp. l'ancien art. 549 et le nouvel art. 564. Voy. aussi, ci-dessus, p. 568, note.

La loi, en parlant des *avantages portés au contrat de mariage*, a embrassé dans sa disposition les avantages déguisés sous forme de reconnaissance de dot, aussi bien que les libéralités patentes. En conséquence, la Cour de Rouen a jugé avec raison, par son arrêt du 27 mars 1858, que, dans le cas où le mari n'était pas commerçant à l'époque de la célébration et ne l'est pas devenu dans l'année, la femme peut exercer dans la faillite les actions résultant pour elle des avantages portés au contrat de mariage, avantages déguisés, mais parfaitement licites d'ailleurs et dépouillés de toute intention frauduleuse (Dev.-Car., 59, 2, 116).

L'art. 564 ne parle que des avantages résultant pour la femme de son contrat de mariage. Nous devons l'appliquer, par argument *a fortiori*, aux donations faites par le mari pendant le mariage, puisque ces donations sont toujours révocables *ad nutum donatoris* et qu'ainsi elles ne constituent pas, à proprement parler, un droit acquis pour la femme. Voy. en ce sens M. Bédarride, t. III, n° 1044. Je crois même que les donations ainsi faites pendant le mariage doivent tomber par cela seul que le mari donateur est déclaré en faillite, sans qu'il y ait à rechercher s'il était déjà commerçant lors de la donation ou s'il l'est devenu dans l'année.

Il semblerait, d'après cet intitulé, que les créanciers nantis ne sont pas des créanciers privilégiés. Le Code de commerce, en effet, ne leur a jamais donné ce titre, qui leur est attribué par le Code Napoléon (1). C'est que, si le droit des créanciers nantis, considéré seulement en lui-même, constitue une cause de préférence, partant un privilége, cependant ce privilége a cela de particulier qu'il est complétement indépendant de la nature de la créance. Par conséquent, en le considérant à ce point de vue, et c'est à ce point de vue que l'ont considéré les auteurs du Code de commerce et ceux de la nouvelle loi, on ne saurait y voir un privilége (2).

Il y a ici deux droits corrélatifs en présence. D'une part, le débiteur est resté propriétaire des choses données par lui en gage : il peut donc les reprendre, les revendiquer, en remboursant la dette. Les syndics ont le même droit : ils peuvent, à toute époque, avec l'approbation du juge-commissaire, retirer les gages (3). De son côté, le créancier gagiste a le droit, si le gage n'est pas retiré, de le faire vendre, pour se payer sur le prix, de préférence à tous autres (4). A cet égard, il peut se

(1) « Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage* » (C. Nap., art. 2072). — « Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur « la chose qui en est l'objet, *par privilége et préférence aux autres créan-* « *ciers* » (art. 2073). Voy. encore l'art. 2102-2°.

Quant au créancier antichrésiste, il est bien nanti de l'immeuble (art. 2072). Mais il résulte du texte même du Code Napoléon que ce créancier, en sa seule qualité d'antichrésiste, n'a aucun privilége, aucun droit de préférence sur le prix (voy. l'art. 2091).

(2) En effet, aux termes de l'art. 2095 du Code Napoléon, « le privilége « est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être pré- « féré aux autres créanciers. » Comp., ci-dessus, p. 247 et 248.

(3) Voy. l'art. 547. — De cette disposition, relative au cas de gage, on peut rapprocher l'art. 551, qui est ainsi conçu : « Les syndics présenteront « au juge-commissaire l'état des créanciers se prétendant privilégiés sur « les biens meubles, et le juge-commissaire autorisera, s'il y a lieu, le « paiement de ces créanciers sur les premiers deniers rentrés. — Si le pri- « vilége est contesté, le tribunal prononcera. »

(4) Le créancier gagiste ne peut-il faire vendre le gage qu'après l'échéance du terme apposé à sa créance? Ne devons-nous pas plutôt lui permettre d'invoquer le 1er alinéa de l'art. 444, aux termes duquel le juge-

présenter trois hypothèses, dont une seule fait naître quelques difficultés :

1° Si le prix du gage est égal au montant de la créance, le créancier le touchera en totalité et sera désintéressé; il n'aura plus rien à demander à la masse, et la masse n'aura non plus rien à lui réclamer : ils seront quittes l'un envers l'autre.

2° Si, au contraire, le prix du gage est inférieur au montant de la créance, le créancier ne sera remboursé que pour partie; pour le surplus, il sera considéré comme n'étant et n'ayant jamais été qu'un créancier chirographaire, et il aura les droits attachés à cette qualité (1).

3° Enfin, si le prix du gage est supérieur au montant de la créance, il est clair que le créancier ne pourra pas se l'attribuer en totalité, mais seulement jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Toutefois, il y a une difficulté, que l'art. 548 a voulu résoudre, et que, par la manière dont il est rédigé, il fait

ment déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues? En cette matière, M. Bravard met le créancier nanti sur la même ligne que le créancier hypothécaire, il ne lui permet pas d'invoquer le principe de l'art. 444 (voy., ci-dessus, p. 156 et suiv.). Il faut cependant reconnaître que la position de ces deux créanciers est loin d'être identique : le créancier hypothécaire, en attendant la vente de l'immeuble qui lui est affecté, concourt comme chirographaire aux répartitions de l'actif mobilier, tandis que le créancier nanti est certainement exclu du droit de concourir à aucune répartition. C'est ce qui résulte notamment de l'article 546, ainsi conçu : « Les créanciers du failli qui seront valablement « nantis de gages ne seront inscrits dans la masse que pour mémoire. » Le créancier qui a un gage dont la valeur est inférieure au montant de sa créance ne recevrait donc absolument rien pour la partie de sa créance non couverte par le gage s'il devait attendre une échéance qui n'arrivera peut-être qu'après que tout l'actif de la faillite aura été réalisé et réparti. Cela serait évidemment inique : car la circonstance qu'il est gagiste ne l'empêche pas d'être avant tout créancier. En conséquence, je suis disposé à croire que le créancier gagiste doit être autorisé à faire vendre le gage, sinon immédiatement après le jugement déclaratif de faillite, au moins dès qu'on est entré dans la période de l'union. Et alors, si le prix du gage ne suffit pas à le désintéresser complétement, il pourra, pour le restant de sa créance, concourir utilement comme simple chirographaire aux répartitions ultérieures. Voy., en ce sens, M. Bédarride, t. III. n° 917.

(1) Voy. l'art. 548 *in fine*.

plutôt naître. Le créancier touchera-t-il la totalité du prix, sauf à restituer à la masse ce qui excède le montant de sa créance, ou bien n'aura-t-il le droit de toucher que ce qui est nécessaire pour le désintéresser? L'art. 548 dit bien que le surplus sera recouvré par les syndics (1), mais il ne dit pas contre qui : il ne dit pas si ce sera contre le créancier ou contre l'acheteur. Du reste, par les raisons que j'ai indiquées en expliquant les droits des créanciers hypothécaires qui ont touché dans la masse chirographaire une somme supérieure à celle qui leur revenait réellement eu égard à leur collocation (2), il faut décider sans hésiter que le créancier ne peut toucher que ce qui lui revient : le surplus appartient à la masse. Le créancier ne la représente pas, elle est représentée par les syndics seuls : le créancier gagiste n'a donc pas qualité pour toucher la partie du prix qui excède le montant de sa créance et pour en donner quittance. D'ailleurs, s'il touchait cette partie, comme il serait tenu de la restituer à la masse, cette dernière serait exposée à des risques, à des retards et à des frais, qui n'auront pas lieu dès que les syndics toucheront ce qui lui revient (3).

(1) L'ancien art. 537 s'exprimait exactement de même.

(2) Voy., ci-dessus, p. 555.

(3) Nous avons toujours supposé, et telle est évidemment la supposition des art. 547 et 548, que le gage a été fourni par le débiteur lui-même qui est actuellement en faillite. Si le gage avait été fourni par un tiers, la Cour de cassation a jugé (arrêt du 24 juin 1851) qu'il n'y aurait pas lieu de faire application de l'art. 546. Voici comment l'arrêt s'exprime à cet égard : « Pour donner lieu, aux termes de l'art. 546, à une simple inscription pour « mémoire jusqu'à son retrait ou à sa réalisation, le gage doit avoir été « fourni par le failli lui-même : en effet, l'art. 547 donnant aux syndics le « droit de le retirer en payant la dette, et l'art. 548 les autorisant à rece- « voir l'excédant du prix de la vente sur la créance, il est évident que ce « double droit ne peut appartenir qu'au propriétaire même du gage. D'où « il suit que les articles précités sont inapplicables dans le cas où le gage « a été fourni par un autre que le failli lui-même » (Dev.-Car., 51, 1, 561). Dans l'espèce à propos de laquelle est intervenu cet arrêt, le sieur F. avait souscrit pour 420,000 fr. de billets à l'ordre des sieurs C. et B., et, pour sûreté du paiement desdits billets, il avait donné en nantissement 1600 actions du chemin de fer du Nord; les billets, avec le nantissement, avaient été transmis à l'ordre de la maison G., puis à l'ordre de la Banque de

— Indépendamment des créanciers gagistes, il y a un autre créancier qui a un privilége spécial et dont on s'est occupé dans cette Section; c'est le vendeur d'objets mobiliers. Le vendeur, d'après le Code Napoléon, a un double droit, à l'encontre des créanciers de l'acheteur : 1° le droit de faire résoudre la vente et de revendiquer la chose vendue; 2° s'il le préfère, le droit de se faire payer par préférence sur le prix, et c'est là ce qui constitue son privilége (1).

France. Le souscripteur était en déconfiture lors de l'échéance, les billets ne furent pas payés; peu de temps après, les sieurs C. et B., premiers endosseurs, furent déclarés en faillite. La Banque de France, ayant fait vendre 1200 actions sur les 1600 qui lui étaient affectées, produisait à la faillite C. et B. pour le montant intégral de sa créance primitive, en invoquant l'art. 542; les syndics de la faillite C. et B. lui opposaient l'art. 546, et prétendaient qu'elle ne pouvait être admise au passif de la faillite qu'après que le gage aurait été complétement réalisé, conformément à l'art. 548 *in fine*. C'est dans ces circonstances que la Cour de cassation a décidé, faisant droit aux prétentions de la Banque de France, que l'art. 546 était inapplicable. Cette décision me paraît exacte et d'accord avec l'art. 542 : quand j'ai plusieurs débiteurs solidaires et que je me présente à la faillite de l'un d'eux pour la valeur nominale de mon titre, il serait bizarre que je pusse être écarté par cela seul qu'un autre m'a donné un gage.

Il faudrait encore suivre la doctrine de la Cour de cassation et déclarer l'art. 546 inapplicable, si la dette du failli était garantie au moyen d'un gage fourni par un tiers non obligé personnellement (C. Nap., art. 2077). En effet, que le créancier se paie au moyen du gage, le tiers qui l'a fourn a une action en recours contre la faillite. La faillite est donc certainement tenue d'une obligation purement personnelle, soit envers le créancier, si la valeur du gage est inférieure au montant de la créance, soit envers le tiers, jusqu'à concurrence de la partie de la créance que sa chose a servi à éteindre. Par conséquent, il n'y a aucune raison de n'inscrire que pour mémoire dans la masse la créance dont il s'agit.

— Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer dans quels cas et à quelles conditions un gage se trouve valablement constitué au profit d'un créancier. Une loi vient d'être rendue sur cette matière, qui se rattache aux art. 93 et suiv. de notre Code. Je me bornerai à dire qu'il est admis que les agents de change ne peuvent être contraints de se dessaisir au profit de leurs clients des titres achetés par ordre de ceux-ci que moyennant paiement du prix; qu'ainsi l'agent de change doit être assimilé à un créancier muni d'un gage, et qu'en cas de faillite de l'acheteur il y a lieu d'appliquer les articles 546, 547 et 548. C'est ce qu'a décidé la Cour de Metz, par son arrêt du 23 juin 1857 (Dev.-Car., 58, 2, 328).

(1) « Les créances privilégiées sur certains meubles sont : ..... 4° le prix

Le privilége dérive de la même source et a la même cause que le droit de revendication ; mais, suivant les cas, le vendeur peut avoir plus d'intérêt à user d'un de ses droits que de l'autre. Ainsi, par exemple, si la chose vendue a diminué de valeur, et que le vendeur ait reçu un à-compte, il sera bien préférable pour lui de se prévaloir du privilége que d'exercer la revendication : car, s'il revendiquait, il serait tenu de restituer l'à-compte qu'il a reçu, ce qui, en soi, serait onéreux pour lui, et il reprendrait sa chose avec la diminution de valeur qu'elle a subie : il serait donc en perte ; — tandis qu'en exerçant le privilége, il n'aura rien à restituer à la masse, et il se fera payer de ce qui lui reste dû sur le prix de la chose, qui, bien que dépréciée, sera d'une valeur plus que suffisante pour le désintéresser.

Toutefois on peut se demander si, en cas de faillite de l'acheteur, le vendeur a, non-seulement un droit de revendication, mais encore un privilége. Le nouvel art. 550 du Code de commerce semble lui refuser l'un et l'autre : car il s'exprime ainsi :

« Le privilége et le droit de revendication, établis par le n° 4
« de l'art. 2102 du Code Napoléon au profit du vendeur d'effets
« mobiliers, ne seront point admis en cas de faillite. »

Quant à la revendication, les dispositions du droit civil ont été remplacées, pour le cas de faillite, par des dispositions spéciales que nous avons expliquées, et qui doivent évidemment

« d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débi-
« teur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme. — Si la vente a été
« faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets, tant
« qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente,
« pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison,
« et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livrai-
« son a été faite..... Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce
« sur la revendication » (C. Nap., art. 2102).

Je crois, avec M. Bravard, que la *revendication* dont parle cet art. 2102-4°, c'est la résolution poursuivie contre les créanciers de l'acheteur. D'autres rattachent cette revendication à l'art. 1612 et n'y voient qu'une reprise de la possession, reprise qui laisse subsister la vente. Voy. M. Valette, *Privil. et hypoth.*, n° 90 ; et M. Mourlon, *Examen du comment. de M. Troplong sur les priviléges*, n°s 126 et suiv. ; *Répétitions écrites*, sur l'art. 2102-4°.

recevoir leur application, quelque différentes qu'elles puissent être de celles du droit civil (1).

Quant au privilége, il n'y a pas dans le Code de commerce de dispositions spéciales : le Code de commerce n'en fait aucune mention ; et, comme la disposition du Code Napoléon, qui le reconnaît et le consacre, est déclarée, par l'art. 550, inapplicable au cas de faillite, il semble en résulter que le privilége ne saurait jamais être admis dans ce cas, et que le vendeur sera réduit au droit de revendication, le seul dont il soit parlé, le seul qui ait trouvé place dans le Code de commerce. Cette argumentation sans doute est spécieuse, mais elle ne doit pas être accueillie. Tout ce qui résulte de l'art. 550, c'est que le privilége, tel qu'il existe en droit civil, n'est pas admis en matière de faillite. Du reste, quand le vendeur aura le droit de revendiquer, il aura nécessairement, par cela même, sous les mêmes conditions et avec les mêmes restrictions, le droit d'exercer le privilége : car ces deux droits, bien que fort différents dans leurs résultats, puisque l'un suppose l'anéantissement du contrat, tandis que l'autre, au contraire, en suppose l'exécution, sont identiques dans leur cause ; et, d'ailleurs, qui peut le plus peut le moins. On n'a pas parlé du privilége dans le Code de commerce, parce qu'on l'a considéré comme se confondant, non quant à ses effets, sans doute, mais quant à ses conditions d'existence, avec le droit de revendication. Ces deux droits sont, en quelque sorte, inséparables, — tellement que, quand le vendeur a l'un, il a

(1) Voy. les art. 576-579; et, ci-dessus, p. 532 et suiv.

Si la *revendication* établie par l'art. 2102-4° du Code Napoléon n'avait rien de commun avec l'*action en résolution* consacrée par l'art. 1654 du même Code, ou, en d'autres termes, si *jure communi* le vendeur non payé avait trois droits distincts, savoir : l'action en résolution, la revendication, le privilége, il s'ensuivrait, notre art. 550 ayant exclu seulement la revendication et le privilége, que le vendeur non payé peut exercer l'action en résolution malgré la faillite de l'acheteur. Or, cela est véritablement inadmissible : car l'action en résolution est quelque chose de plus grave, de plus onéreux pour les créanciers de l'acheteur, que l'exercice du privilége et surtout que la simple reprise de la possession. Il y aurait donc dans la loi une contradiction choquante.

l'autre, et que, quand l'un lui échappe, il ne peut plus conserver l'autre. Cela a paru tellement simple qu'on n'a pas cru avoir besoin de le dire (1).

(1) L'art. 2102-4° du Code Napoléon suppose que la chose vendue a été livrée à l'acheteur, et l'art. 550 du Code de commerce refuse au vendeur le privilége et la revendication que le droit commun lui accorde *dans ce même cas de livraison faite à l'acheteur*. J'en conclus que, si le vendeur n'a pas encore livré lorsque survient la faillite de l'acheteur, non-seulement le vendeur peut exercer le droit de rétention (voy. l'art. 577), mais même il peut poursuivre la résolution de la vente conformément aux principes généraux. De plus, en supposant qu'un terme eût été convenu pour le retirement, la jurisprudence admet, par application de l'art. 1657 du Code Napoléon, que la vente serait résolue de plein droit et sans sommation par cela seul que le terme convenu serait expiré : voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1848 (Dev.-Car., 49, 1, 65). Enfin la Cour de cassation (17 janvier 1859) a validé la clause d'un acte de vente de valeurs industrielles par laquelle le vendeur était autorisé à retenir les valeurs vendues tant qu'il ne serait pas payé intégralement du prix et même à les faire revendre pour en appliquer le montant à son paiement : la Cour a jugé que cette clause devait avoir tout son effet en cas de faillite de l'acheteur (Dev.-Car., 59, 1, 732).

— Il peut se présenter certains cas où il est douteux que l'art. 550 doive recevoir son application. Si le commerçant aujourd'hui en faillite avait acheté une chose étrangère à son commerce, une chose dont l'achat ne constituait point pour lui un acte de commerce, le vendeur non payé ne pourrait-il pas dire que c'est l'art. 2102-4° du Code Napoléon qu'il y a lieu d'appliquer, et non l'art. 550 du Code de commerce ? Cette distinction serait peut-être raisonnable ; mais, en présence du texte absolu de l'article 550, les tribunaux ne me paraissent pas autorisés à la faire.

La question s'est plusieurs fois élevée dans la pratique de savoir si l'art. 550 est applicable lorsque le cessionnaire d'un office vient à être déclaré en faillite avant d'avoir payé le prix de cession. D'abord il ne peut pas être question ici de revendication : même en l'absence de toute faillite du cessionnaire, l'office ne peut jamais être l'objet d'une action en résolution ou revendication de la part du cédant. Au contraire il est universellement admis que, si le cessionnaire cède à son tour l'office avant d'en avoir payé le prix, de droit commun le cédant primitif pourra venir par privilége sur le prix de la nouvelle cession. On se demande seulement si ce privilége pourrait être exercé même au cas de faillite du cessionnaire, ou si au contraire l'art. 550 du Code de commerce ne comprend pas la cession d'office comme en général toute vente d'effets mobiliers. La jurisprudence s'est prononcée avec raison dans ce dernier sens : voy. les arrêts de la Cour de cassation du 23 août 1853 et du 10 février 1857. Comme le disent très-bien ces arrêts, « l'art. 550 est général et absolu ; il n'admet aucune

— Indépendamment des priviléges spéciaux sur certains meubles, on s'est occupé dans cette Section d'un privilége général qui a été introduit en 1838 en faveur de deux classes de personnes, savoir : les ouvriers directement employés par le failli, et les commis. Aux termes du nouvel art. 549, les ouvriers, lorsqu'ils ont été employés directement par le failli, ont droit, pour le salaire du mois qui a précédé le jugement déclaratif de la faillite, au même privilége que les gens de service, et les commis ont droit à ce privilége pour le salaire des six mois qui ont précédé ce même jugement déclaratif (1). Les rédacteurs du

« distinction : dès lors il s'applique à tous les priviléges qui ont exclusive-« ment leur principe dans l'art. 2102 § 4 du Code Napoléon, et notamment « au privilége réclamé par le vendeur d'un office » (Dev.-Car., 53, 1, 606; 57, 1, 602). Comp. l'ouvrage récent de M. Eugène Durand, *Des offices*, n° 250. — Il n'y a même pas à distinguer suivant que le cessionnaire est tombé en faillite pendant qu'il était encore pourvu de l'office, ou qu'il n'y est tombé que postérieurement, après avoir entrepris un commerce : dans l'un et l'autre cas, tous ses biens sans distinction entrent dans la masse de la faillite et doivent être distribués aux créanciers conformément aux règles prescrites en matière de faillite. C'est ce que décide un jugement du tribunal de la Seine, confirmé en appel le 25 février 1860 (Dev.-Car., 60, 2, 123).

Il est évident que notre art. 550 ne peut recevoir aucune espèce d'application toutes les fois que le privilége réclamé n'est pas le privilége établi en faveur du vendeur par l'art. 2102-4° du Code Napoléon. Ainsi, les fournisseurs des objets employés à la construction d'un navire peuvent très-bien exercer dans la faillite du constructeur le privilége qui résulte à leur profit de l'art. 191 n° 8 du Code de commerce. Ce privilége diffère essentiellement du privilége du vendeur : tandis que le privilége du vendeur s'exerce sur les objets vendus tant qu'ils existent en nature dans les mains de l'acheteur, le privilége des fournisseurs au contraire s'exerce sur le navire auquel sont incorporés les objets fournis. Voy. en ce sens un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 5 juillet 1859 (Dev.-Car., 60, 2, 83).

S'agit-il véritablement du privilége du vendeur, il pourrait être exercé nonobstant notre art. 550 si la faillite de l'acheteur n'avait été déclarée qu'après une contribution ouverte au greffe du tribunal civil et un règlement provisoire colloquant le vendeur comme privilégié. La déclaration de faillite, en cas pareil, ne peut avoir d'effet rétroactif, ne peut pas faire tomber les opérations régulièrement consommées devant le tribunal civil. Ainsi jugé par la Cour de Paris, le 4 décembre 1856 (Dev.-Car., 57, 2, 770).

(1) Le privilége garantit le salaire acquis aux ouvriers employés direc-

Code Napoléon avaient bien accordé un privilége aux gens de service, ils ne l'avaient point accordé aux ouvriers et aux commis; on s'est souvent étonné de cette différence, qui a semblé une

tement par le failli et le salaire dû à ses commis. De ces expressions de la loi la Cour de Rouen (arrêt du 10 novembre 1860) a tiré les deux conséquences suivantes : 1° Lorsque le failli avait commandé certains travaux à un commissionnaire qui les a fait exécuter par des ouvriers qu'il payait lui-même, ce commissionnaire ne peut pas exercer le privilége établi par la première disposition de l'art. 549; 2° le commis dont la rétribution consistait, non en un traitement fixe, mais en une remise sur le produit des opérations, ne peut exercer le privilége établi par la deuxième disposition du même article. J'admets la première de ces conséquences : elle me paraît ressortir clairement du texte. Mais je ne puis pas, d'une manière absolue, admettre également la deuxième. Pour moi, toute la question est de savoir s'il s'agit d'un commis réclamant son salaire, et il me semble que le salaire d'un commis ne consiste pas nécessairement en une somme fixe payable chaque mois ou chaque trimestre, mais qu'il peut très-bien consister en un droit de tant pour 100 sur les opérations. Le juge a seulement à examiner en fait si, au lieu d'un commis réclamant son salaire, il ne s'agit pas d'un associé réclamant sa part dans les bénéfices. Je conviens que la distinction peut quelquefois être délicate; mais, une fois reconnu que, dans l'intention des parties, d'après leur position respective, c'était bien une espèce de salaire que le réclamant devait toucher en qualité de commis, je ne vois aucune raison pour ne pas accorder le privilége. Que dit la Cour de Rouen? « Que le salaire dû aux commis n'a été l'objet d'un pri-« vilége, comme celui des ouvriers, que parce qu'il représente les choses « nécessaires à la vie et à l'entretien de la famille; qu'il doit donc avoir « pour objet une contribution fixe, et non des bénéfices éventuels soumis à « la prospérité et aux chances du commerce » (Dev.-Car., 61, 2, 13). De ce que le salaire des commis représente les choses nécessaires à la vie, il est absolument inexact de conclure qu'il doit avoir pour objet une contribution fixe : la preuve, c'est qu'une pension alimentaire représente bien aussi et même plus certainement les choses nécessaires à la vie, et que pourtant le chiffre de cette pension peut varier avec la fortune du débiteur (C. Nap., art. 208 et 209).

Il arrive quelquefois qu'un commerçant exige des commis qu'il emploie le dépôt d'une certaine somme à titre de cautionnement. En cas de faillite, les commis auraient-ils privilége pour le remboursement de la somme ainsi déposée? Au premier abord, on est bien tenté de répondre négativement : car la somme dont il s'agit est autre chose que le salaire dû au commis. Cependant je suis disposé à croire que le privilége doit couvrir même le remboursement de cette somme, pourvu que le total de ce qui est réclamé par privilége ne dépasse jamais la valeur de six mois de salaire. Supposons, par exemple, un commis dont le salaire est fixé à 150 fr. par

injustice, et en 1838 on a étendu aux ouvriers et aux commis le privilége de l'art. 2101, n° 4, — mais avec cette différence cependant que les gens de service ont privilége pour l'année échue et pour l'année courante, ce qui peut faire presque deux années, tandis que les ouvriers n'ont privilége que pour le salaire d'un mois, et les commis que pour le salaire de six mois (1). En

mois et qui a dû verser un cautionnement de 1,200 fr. Il avait touché régulièrement 150 fr. par mois lorsqu'éclate la faillite : je lui permettrais de venir par privilége pour 900 fr. En effet, on peut dire assez exactement que le cautionnement, qui à l'origine consistait en une somme par lui versée, consiste aujourd'hui en ce que le paiement du salaire correspondant à chaque mois doit avoir lieu, non pas à la fin de ce mois, mais huit mois plus tard. Décider autrement, ce serait aller contre l'esprit de la loi. La loi a voulu que le commis fût assuré de ne pas perdre ce qui représente son travail pendant les six derniers mois; il le perdrait s'il lui fallait toujours et nécessairement sacrifier la somme sans le dépôt de laquelle il n'eût pas même été admis à travailler.

(1) La question s'est plusieurs fois présentée dans la pratique de savoir si les acteurs, en cas de faillite du directeur, peuvent réclamer soit le privilége de l'art. 2101 du Code Napoléon, soit le privilége de l'art. 549 du Code de commerce. Il paraît impossible, sans faire violence au sens naturel des mots, de considérer les acteurs comme étant des *gens de service*, des *ouvriers* ou des *commis*. Les acteurs ne peuvent donc réclamer aucun privilége comme garantie de leurs appointements. C'est ce que la Cour d'Aix avait jugé, par un arrêt du 10 mars 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 9). Mais plus récemment la Cour de Montpellier a décidé le contraire, par un arrêt du 25 mars 1862, dont voici les principaux *considérants :* « En accordant « un privilége aux gens de service, l'art. 2101 du Code Napoléon s'est évi- « demment référé aux dispositions de l'art. 1780 du même Code, qui n'a « pas eu uniquement en vue la domesticité, mais qui comprend parmi les « gens de service tous ceux qui engagent leurs services pour un temps ou « pour une entreprise déterminée. Il en est de même de l'art. 549 du Code « de commerce, qui emploie la même locution.... Si, pour obéir aux exi- « gences de nos mœurs et pour ménager de justes susceptibilités, on ne « donne pas aux artistes, dans le langage usuel, la qualification qui leur « appartient dans le langage du droit, on ne peut s'arrêter devant de pa- « reils scrupules quand, dans l'intérêt d'une existence trop souvent pré- « caire, les artistes revendiquent eux-mêmes les avantages attachés à « cette qualification. D'ailleurs, le privilége réclamé au nom des artistes « ne dépassant pas le mois de traitement qui a précédé la faillite, il n'y a « pas nécessité de déterminer spécialement à quelle catégorie de créan- « ciers privilégiés les artistes appartiennent suivant les dispositions com- « binées des art. 2101 du Code Napoléon et 549 du Code de commerce,

1848, des efforts furent tentés pour étendre au-delà de ces limites le privilége des ouvriers ; mais ils échouèrent (1).

Il faut se pénétrer de cette idée, que le privilége des ouvriers a des conséquences extrêmement graves et fâcheuses pour le crédit de ceux qui les emploient. D'abord, c'est un privilége dispensé d'inscription, un privilége général qui frappe sur tous les meubles et subsidiairement sur tous les immeubles (2) ; et il y a bien là un résultat exorbitant, contraire à la nature des choses : car les ouvriers sont attachés à l'établissement commercial ou industriel ; ils sont, en quelque sorte, un des éléments de son exploitation : leur privilége devrait donc, ce semble, être limité à cet établissement et à ses dépendances, tandis qu'il frappe sur tout l'actif, quelque distinct et indépendant qu'il puisse être de l'établissement, et en quelque lieu qu'il soit situé, et il vient immédiatement après les frais de justice, les frais funéraires et les frais de dernière maladie.

Ajoutons, et c'est là une considération très-grave, que le salaire des ouvriers peut s'élever, même pour un mois, à des sommes

« puisqu'ils invoquent le moindre des priviléges établis par lesdits arti« cles » (Dev.-Car., 62, 2, 270). Pour montrer combien cette doctrine est peu conforme à la loi, il suffit d'une observation bien simple : La loi traite diversement, au point de vue de l'étendue du privilége, les *gens de service*, les *commis*, les *ouvriers ;* or, la Cour de Montpellier reconnaît elle-même qu'il est impossible de dire s'il faut accorder aux acteurs le privilége des *gens de service*, ou celui des *ouvriers*, ou celui des *commis*. La vérité est que, de par la langue comme de par la loi, aucun de ces priviléges ne peut être appliqué aux acteurs.

(1) D'après une proposition présentée, le 8 juin 1848, à l'Assemblée nationale par MM. Astouin, de Laboulie et Ollivier, le salaire de l'ouvrier, en cas de faillite du patron, devait être payé en entier, de préférence à toutes créances et même aux frais de justice. Le 15 juillet suivant, M. Rouher, au nom du *Comité des travailleurs*, proposait d'étendre à trois mois de salaires le privilége accordé aux ouvriers par l'art. 549. Mais, conformément aux conclusions de deux nouveaux rapports, l'un présenté par M. Labordère au nom du *Comité de législation*, l'autre présenté par M. Bravard au nom d'une Commission spéciale, la disposition de l'art. 549 fut maintenue sans aucun changement. On va trouver ici le résumé des considérations développées dans le rapport de M. Bravard.

(2) Voy. les art. 2104 et 2107 du Code Napoléon.

énormes. Il y a des établissements industriels où le salaire des ouvriers s'élève par mois, à cent, deux cent, trois cent mille francs, et même au-delà. Dès lors, on comprend que la possibilité d'un pareil privilége, s'il n'était pas limité au salaire d'un mois, serait destructive du crédit des commerçants : car celui auquel le commerçant voudrait emprunter une somme sur hypothèque serait peu rassuré par la perspective de cette créance privilégiée qui le primerait forcément, et dont il lui serait impossible de connaître d'avance le chiffre. Ce chiffre, en effet, est variable et indéterminé : il dépend du nombre des ouvriers que le commerçant emploie, et il peut en avoir un très-grand nombre qui travaillent soit dans son établissement, soit même chez eux.

On a donc eu raison de restreindre ce privilége dans d'étroites limites; et, au lieu de l'étendre, il conviendrait peut-être mieux de le spécialiser, de le restreindre à l'établissement industriel ou commercial et à ses dépendances.

§ V. DES CRÉANCIERS GARANTIS PAR LA SOLIDARITÉ OU PAR LE CAUTIONNEMENT.

Cette catégorie d'intéressés se rencontrera dans presque toutes les faillites : car, si la solidarité est une exception en droit commun, si elle n'est admise que dans des cas assez rares en matière civile (1), elle est au contraire très-fréquente en matière commerciale, où la loi l'attache elle-même à certains engagements, aux lettres de change, aux billets à ordre, à tous les engagements contractés sous la raison sociale dans les

(1) Il n'est pas parfaitement exact de dire que la solidarité se présente assez rarement en matière civile. Par exemple, celui qui traite avec un homme marié ne manque guère d'exiger que la femme s'oblige solidairement avec son mari.

sociétés de personnes (1). On devait donc s'en occuper spécialement dans la matière des faillites, et c'est aussi ce qu'ont fait les rédacteurs du Code de commerce et ceux de la loi de 1838 (2).

Le créancier qui a plusieurs débiteurs solidaires a le droit de demander le tout à chacun d'eux, comme si chacun d'eux était seul débiteur (3). Ce créancier aura donc le droit de se faire inscrire pour le tout au passif de la faillite de chacun de ses débiteurs solidaires. A cet égard, il ne pouvait y avoir et il n'y a jamais eu non plus de dissentiments. Mais à ce point de départ, à cette donnée certaine, se rattache une question, qui a été fort diversement envisagée; elle a même donné lieu à divers systèmes, qui ont été successivement adoptés par la jurisprudence et par la pratique. Il s'agit de savoir si, quand le créancier aura touché un dividende dans la faillite d'un de ses débiteurs solidaires, il aura le droit de se présenter à la faillite d'un autre de ses obligés et pour quelle somme il aura ce droit.

Sur cette question, la première chose à faire, c'est de prendre une idée des précédents législatifs, des divers systèmes qui se sont succédé et de leurs fortunes diverses (4).

Le système le premier en date est contemporain de l'Ordonnance de 1673, et il a pour auteur le principal rédacteur de cette Ordonnance, Savary. D'après Savary, le créancier, dont tous les débiteurs solidaires étaient en faillite, pouvait bien se présenter à la faillite d'un de ses obligés, de celui qu'il voulait, puisqu'il était inscrit dans la faillite de chacun d'eux et inscrit pour le tout : il pouvait donc se présenter à celle de ces faillites qui payait le dividende le plus fort, et se le faire attribuer pro-

(1) Voy. les art. 22, 23, 24 et 28 (*sociétés*); 118, 120, 140 et 142 (*lettre de change*), 187 (*billet à ordre*).

(2) Le Code de 1808 contenait un seul article sur le cas de faillite de plusieurs débiteurs solidaires, l'art. 534.

(3) Voy. l'art. 1200 du Code Napoléon.

(4) Ces divers systèmes sont déjà exposés, d'une manière succincte, dans l'ouvrage de M. Renouard (t. II, p. 176 et suiv.) et dans l'ouvrage de M. Massé (t. III, nos 2021 et suiv.).

portionnellement au montant intégral de sa créance. Si, par exemple, il était créancier de 12,000 fr., et qu'il eût trois débiteurs solidaires, tous trois en faillite, que la faillite de l'un d'eux donnât 50 p. 100, et que la faillite des deux autres ne donnât que 25 p. 100, le créancier pouvait, d'après Savary, se présenter à la faillite qui lui donnait 50 p. 100, et toucher 50 p. 100 sur le chiffre de sa créance, ce qui lui faisait, si la créance était de 12,000 fr., comme nous l'avons supposé, 6,000 fr. à recevoir. — Mais, toujours d'après Savary, quand le créancier avait touché ce dividende dans une des faillites, il ne pouvait plus se présenter aux autres. Tout l'avantage de la solidarité se réduisait donc, pour le créancier, à un droit d'option, à la faculté de choisir, entre les faillites de ses obligés solidaires, celle où il croyait avoir le plus d'avantage à se présenter (1).

Ce système, grâce à l'autorité de Savary, avait été adopté dans la pratique, et il était suivi, non-seulement en France, mais à l'étranger. Du reste, Savary ne doutait pas de l'excellence, ainsi que de la durée et de la perpétuité de son système. Voici, en effet, comment il s'exprime :

« Le soussigné estime que Jacques, porteur de la lettre de « change, ayant signé et étant entré dans le contrat d'accord de « François, qui a passé l'ordre à son profit, ne peut entrer dans « le contrat d'accord de Jean l'accepteur, ni dans celui de Pierre « le tireur, pour deux raisons : la première, parce qu'en signant « le contrat d'accord de François il l'a reconnu pour son seul « débiteur; la seconde, parce que, Pierre le tireur, Jean l'accep- « teur et François l'endosseur, n'existant plus dans le commerce « puisqu'ils ont fait faillite, Jacques le porteur de la lettre a dû « opter d'entrer dans l'un des contrats d'accord, ou de Pierre le « tireur, ou de Jean l'accepteur, ou de François son endosseur.

(1) Ce système rappelle, jusqu'à un certain point, la règle de l'ancien droit romain d'après laquelle le créancier qui poursuit l'un des *correi* obligés envers lui libère par cela seul les autres. Voy. le L. 2, Dig., *De duobus reis*, et mon travail *sur les obligations solidaires en droit romain*, p. 64 et suiv.

« ... Les raisons qui décident la question pour l'option sont « de grande considération pour le public, parce qu'il s'y ren- « contre moins d'inconvénients, moins d'abus et moins d'em- « barras que si le porteur de la lettre entrait dans les trois con- « trats.

« ... Il n'y a rien de plus judicieux que l'usage établi dans le « commerce des lettres de change, quand le tireur, l'accepteur « et l'endosseur ont fait tous trois faillite, que les porteurs de « lettres doivent opter d'entrer dans l'un des contrats d'accom- « modement, et que, quand ils sont une fois entrés et ont signé « dans l'un des contrats, ils ne doivent point entrer et signer « dans les autres » (1).

Cependant l'expérience avait révélé l'inconvénient de ce système et ébranlé son crédit. En 1693, c'est-à-dire vingt ans après la promulgation de l'Ordonnance du commerce, un nouveau système se produisit. Il fut mis en avant, soutenu et longuement développé par l'auteur d'un traité estimé sur les lettres de change, Dupuys de la Serra; et les auteurs les plus accrédités de l'ancien droit, notamment Pothier et Jousse, s'y rallièrent. Ce système différait de celui de Savary, en ce que ses auteurs admettaient le créancier à se présenter successivement dans les diverses faillites des obligés solidaires, mais seulement sous la déduction des sommes qu'il avait déjà reçues dans celles de ces faillites où il s'était présenté. Ainsi, par exemple, en le supposant créancier de 12,000 francs, s'il avait reçu dans la faillite d'un de ses débiteurs solidaires un dividende de 6,000 fr., il ne pouvait plus se présenter que pour 6,000 fr. dans la faillite d'un autre de ses obligés; et, si dans cette seconde faillite il touchait encore un dividende de 50 p. 100 sur les 6,000 fr. pour lesquels il s'était présenté, soit 3,000 fr., il ne pouvait plus se présenter à la troisième faillite que comme créancier de 3,000 fr. (2).

(1) Parère XIII. Voy. aussi parère XLVIII, sur la 5e question.

(2) « Le propriétaire de la lettre de change peut, si bon lui semble, in-

Ce système était, comme on voit, plus favorable au créancier que celui de Savary, et il l'emporta sur ce dernier. Il fut consacré par un arrêt du Parlement de Paris de 1706, et pendant soixante-dix ans on n'en suivit pas d'autre, il servit constamment de règle. Nous trouvons, à la date de 1776, un arrêt du Parlement d'Aix qui en fait encore l'application.

Mais, à cette dernière époque, commençait à se faire jour un troisième système, plus favorable encore au créancier, puisque, dans ce système, le créancier, après avoir touché un dividende dans la faillite d'un de ses obligés solidaires, pouvait se présenter aux faillites des autres obligés pour la totalité de sa créance. Il pouvait donc, quels que fussent les dividendes par lui déjà reçus, se présenter dans toutes les faillites pour la valeur nominale de son titre, du moins jusqu'à ce qu'il eût reçu son parfait paiement.

Ce troisième système, qui ne se rattache à aucun nom connu, qui est né des exigences de la pratique, fut pendant quelques années en lutte avec le système de Dupuys de la Serra et de Pothier, sur lequel il finit par l'emporter. En 1776, la lutte entre ces deux systèmes se produisit avec éclat dans un procès soumis au Parlement d'Aix, et où chacune de ces doctrines fut soutenue par des avocats d'un grand renom : le système de Dupuys de la Serra et de Pothier, par Émerigon, qu'on

« tenter en même temps toutes ses actions contre les différents débiteurs « qui en sont tenus. L'action qu'il a intentée contre l'un d'eux ne l'exclut « pas d'intenter celles qu'il a contre les autres; mais, comme ces différents débiteurs sont débiteurs envers lui de la même chose, le paiement « qui lui est fait par l'un d'eux libère d'autant envers lui les autres.

« De là il suit que, si tous ceux qui sont débiteurs de la lettre de change, « tant l'accepteur que le tireur et les endosseurs, avaient fait banqueroute, « le propriétaire de la lettre, qui est créancier de chacun d'eux du total, « peut se faire colloquer dans la distribution des biens de chacun d'eux, « comme créancier du total; mais, aussitôt que, par la distribution qui « aura été la première terminée, il aura été payé d'une partie de sa « créance, *puta* du quart, il ne pourra plus rester dans les distributions « des autres débiteurs qui restent à faire que pour le surplus de ce qui lui « est dû » (Pothier, *Traité du contrat de change*, nº 160).

appelle *la lumière du Midi*, et le système nouvellement mis en avant, par Siméon père et par Pascalis. Ce fut le système ancien, soutenu par Émerigon, qui triompha devant le Parlement d'Aix. Mais, par une particularité singulière, que relate Émerigon lui-même (1), le jour même, 18 juin 1776, où le Parlement d'Aix consacrait le système de Dupuys de la Serra et de Pothier, le Parlement de Paris rendait un arrêt qui rejetait ce système et adoptait le nouveau système qu'on lui opposait. Ainsi, le même jour, le système qui avait triomphé devant le Parlement d'Aix succombait devant le Parlement de Paris. Du reste, la lutte cessa bientôt : elle fut vidée en faveur du système nouveau par un arrêt du Conseil du 24 février 1778, lequel cassa l'arrêt du Parlement d'Aix, et par un autre arrêt du Conseil, rendu dans le même sens, le 23 octobre 1781.

Quand on s'occupa de la rédaction du Code de commerce, le troisième système avait donc, depuis plus de vingt ans, définitivement prévalu, et les rédacteurs du Code n'hésitèrent pas à le consacrer (2). Du Code de commerce il a passé sans contestations dans la loi de 1838, et depuis lors il a été constamment et invariablement suivi, sans qu'il ait jamais provoqué de réclamations, au moins dans la pratique; il est vrai que des auteurs, qui ne s'en sont pas suffisamment rendu compte, l'ont critiqué à plusieurs reprises, mais sans succès.

Voilà, si je puis m'exprimer ainsi, l'historique de la jurisprudence et de la législation depuis 1673 jusqu'à nos jours.

Maintenant, voyons quels étaient les avantages et les inconvénients les plus saillants de ces divers systèmes, que nous aurons

(1) *Traité des contrats à la grosse*, Chap. X, Sect. 3.

(2) « Le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et « d'autres coobligés qui sont en faillite, participera aux distributions « dans toutes les masses, jusqu'à son parfait et entier paiement » (ancien art. 534).

Ce texte exclut évidemment le système de Savary. Il exclut également le système de Dupuys de la Serra et de Pothier : car il suppose que le créancier peut arriver à *son parfait et entier paiement*, ce qui est absolument impossible dans le système dont il s'agit.

ensuite à apprécier au point de vue juridique, au point de vue de la logique et des principes.

L'inconvénient du système de Savary était de mettre le créancier dans l'impossibilité de jamais être payé intégralement, et même dans l'impossibilité d'approcher d'un paiement intégral, quel que fût le nombre de ses débiteurs solidaires : le créancier était réduit à une option, qui annulait les garanties inhérentes à la solidarité et sur lesquelles il avait dû compter. Mais le système de Savary avait cet avantage, d'ôter au créancier toute possibilité de recevoir plus qu'il ne lui était dû réellement, avantage sur lequel Savary avait beaucoup insisté, avantage que, sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, très-incomplète sur la matière des faillites, il devait être fort difficile d'obtenir une fois admis le troisième système (1).

Quant au système de Dupuys de la Serra et de Pothier, il avait, comme celui de Savary, l'avantage de ne pas permettre au créancier de recevoir plus qu'il ne lui était dû; il avait, en outre, l'avantage de donner au créancier plus de chances d'approcher d'un paiement intégral : il tenait plus de compte de l'intention qui avait présidé au contrat où la solidarité avait été stipulée, ou de l'esprit de la loi qui l'avait accordée de plein droit (2). Mais ce système avait encore l'inconvénient de ne pas laisser au créancier la possibilité d'être payé intégralement : car, ne pouvant figurer dans la faillite de chacun de ses obligés que déduction faite de ce qu'il avait déjà reçu dans les faillites des autres, il ne recevait toujours qu'une partie de la somme pour laquelle il venait dans la faillite où il se présentait en dernier lieu. Ainsi, en le supposant créancier de 12,000 fr., s'il avait touché un dividende de 50 p. 100, soit 6,000 fr., dans la faillite d'un de ses

(1) Aujourd'hui, au contraire, comme nous le verrons, il est absolument impossible que le créancier arrive jamais à toucher plus que le montant de sa créance.

(2) En effet, l'intention du créancier qui stipule la solidarité, ou l'esprit de la loi qui la lui accorde de plein droit, c'est que ce créancier ait une garantie contre l'insolvabilité, spécialement contre la faillite.

obligés, il ne pouvait venir dans la faillite d'un autre que comme créancier de 6,000 fr.; et en supposant qu'elle payât, elle aussi, un dividende de 50 p. 100, ces 50 p. 100 n'étant calculés que sur 6,000 fr., le créancier ne recevait que 3,000 fr.; il ne pouvait se présenter dans la troisième faillite que déduction faite des deux dividendes déjà reçus par lui, c'est-à-dire que pour 3,000 fr., et, ne recevant qu'un dividende sur ces 3,000 fr., il ne pouvait donc parvenir à se faire payer intégralement.

Le troisième système avait sur les deux autres cet avantage, qu'il donnait au créancier la plénitude des garanties sur lesquelles il avait compté, qu'il lui réservait toutes les chances qu'il pouvait avoir d'être payé intégralement : car il l'admettait à figurer jusqu'à son parfait paiement dans toutes les faillites, et à y figurer pour la valeur nominale de son titre, par conséquent sans aucune déduction des dividendes déjà touchés. Mais ce système n'avait-il pas un inconvénient grave, un inconvénient qu'il fallait prévenir sous peine de ne pouvoir admettre le principe dont il s'agit? Ne fournissait-il pas au créancier le moyen de recevoir plus qu'il ne lui revenait, plus que le montant de sa créance?

En effet, supposons qu'il est dû au créancier 12,000 fr. : lorsque la première faillite lui paie un dividende de 50 p. 100, soit 6,000 fr., qu'ensuite il se présente dans la seconde faillite et touche un dividende calculé encore sur 12,000 fr., si cette seconde faillite paie 75 p. 100, il recevra 25 p. 100 de plus qu'il ne lui revient : car il touchera dans cette seconde faillite 9,000 fr., lesquels, joints aux 6,000 fr. qu'il a déjà touchés dans la première, feront 15,000 fr., c'est-à-dire 3,000 fr. de plus qu'il ne lui est dû.

Le créancier ne pourra pas toucher ces 3,000 fr.; il n'y a certes aucun droit, et il fallait prescrire des formalités qui prévinssent cet abus et le rendissent impossible. C'était fort difficile, je l'ai déjà dit, sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, laquelle était très-incomplète sur la matière des faillites, car elle ne contenait que treize articles consacrés à cette matière. Aussi

était-ce là une des causes qui avaient contribué au succès du système de Savary et à celui du système de Dupuys de la Serra et de Pothier, systèmes qui étaient l'un et l'autre exempts de l'inconvénient dont il s'agit.

Mais, en adoptant le troisième système, les rédacteurs du Code de commerce et ceux de la nouvelle loi n'ont rien négligé pour prévenir un résultat qui l'aurait condamné, et ils y ont pleinement réussi. En effet, ils ont d'abord prescrit (ancien art. 506, nouvel art. 497) d'inscrire sur chaque titre la somme pour laquelle le créancier serait admis au passif de la faillite. En second lieu, ils ont prescrit de ne faire aucun paiement sans exiger la représentation du titre, sans en inscrire le montant sur le titre même (ancien art. 561, nouvel art. 569); de sorte qu'il sera impossible aux syndics de ne pas reconnaître si les dividendes déjà reçus par le créancier atteignent ou non le chiffre de la créance, et, ce chiffre une fois atteint, les syndics ne devront plus faire de paiements au créancier; s'ils en faisaient un, ils seraient responsables, envers la masse, de la somme qu'ils auraient ainsi indûment payée. Ce dividende ou cette partie de dividende, que le créancier ne pourra pas toucher parce qu'il est désintéressé, se répartira entre toutes les masses en proportion du dividende qu'elles-mêmes auront fourni (1).

Ainsi, le troisième système est aujourd'hui exempt du seul inconvénient qu'il présentait. Le créancier pourra, grâce à ce système, obtenir son paiement intégral, tandis qu'il ne l'aurait pas pu dans les deux autres systèmes; et il n'y aura pas à craindre qu'il n'arrive à toucher plus qu'il ne lui est dû réellement. Si donc, ainsi que l'exprime l'art. 542, il peut participer aux distributions dans toutes les masses et y figurer pour la valeur

(1) « Aucun recours, pour raison des dividendes payés, n'est ouvert « aux faillites des coobligés les unes contre les autres, si ce n'est lorsque « la réunion des dividendes que donneraient ces faillites excéderait le « montant total de la créance, en principal et accessoires, auquel cas cet « excédant sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des co- « obligés qui auraient les autres pour garants » (art. 543).

nominale de son titre, ce n'est que jusqu'à parfait paiement; il ne peut plus y figurer du tout lorsqu'il a reçu la valeur nominale de son titre, lorsqu'il est intégralement payé. Et, comme, aux termes de l'art. 445, le jugement déclaratif arrête, à l'égard de la masse, le cours des intérêts de toutes créances non garanties par une hypothèque, un privilége ou un nantissement, le créancier sera complétement désintéressé lorsqu'il aura reçu tout ce qui lui était dû au moment du jugement déclaratif, tout ce qui lui était dû en capital, intérêts et frais : cela comprend les intérêts jusqu'au jour du jugement déclaratif, mais non pour le temps postérieur (1).

Le système adopté par le législateur moderne est donc de beaucoup préférable aux deux autres : il en a tous les avantages sans en avoir les inconvénients.

Mais il reste, c'est là la chose essentielle et le nœud de la dif-

(1) Ainsi le créancier porteur d'un effet qui se monte à 1,000 fr. pourra très-bien se présenter à la faillite du débiteur Primus pour une somme plus forte, si, l'effet étant venu à échéance avant la déclaration de faillite, des intérêts moratoires ont couru, des frais ont été faits. Comme le dit très-bien M. Renouard (t. II, p. 178), « cette interprétation résulte avec « évidence du droit commun : il n'y a *parfait paiement* que lorsque les « accessoires sont soldés comme le principal. Si elle avait besoin d'être « corroborée, elle le serait par les termes explicites de l'art. 543. » — On a même prétendu que l'art. 445 ne devait pas être appliqué ici, et que les intérêts qui avaient commencé à courir avant le jugement déclaratif continuaient à courir après ce jugement; mais la Cour de cassation a fait justice de cette prétention inadmissible, par son arrêt du 10 août 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 215).

Le jugement qui déclare la faillite du débiteur Primus peut être antérieur à celui qui déclare la faillite de son codébiteur Secundus : alors les intérêts ont pu courir vis à vis de la masse de Secundus plus longtemps qu'ils n'ont couru vis à vis de la masse de Primus. La somme pour laquelle le créancier peut se présenter à la faillite de Secundus sera donc plus forte que celle pour laquelle il peut se présenter à la faillite de Primus. C'est une conséquence forcée de l'art. 445. Du reste, même en droit civil, l'obligation pouvant venir à échéance pour l'un des débiteurs solidaires plus tôt que pour un autre (C. Nap., art. 1201), il est très-possible qu'à un moment donné la somme due par les différents débiteurs solidaires ne soit pas la même.

ficulté, il reste à examiner et à apprécier ces divers systèmes au point de vue juridique et logique.

Le système de Dupuys de la Serra et de Pothier était fondé sur les principes du paiement, principes d'après lesquels, quand un débiteur paie en totalité la somme due, il se libère pour le tout et libère pour le tout ses co-obligés solidaires, tandis que, quand il paie en partie la somme due, il se libère et libère ses co-obligés pour partie. D'après cela, on comprend que Dupuys de la Serra et Pothier devaient décider, comme ils le faisaient, que le créancier de 12,000 fr., qui avait reçu dans la faillite d'un de ses obligés solidaires un dividende de 6,000 fr., ne pouvait plus ensuite se présenter dans la faillite d'un autre obligé que comme créancier de 6,000 fr., et ainsi de suite; c'était la conséquence rigoureuse et forcée du principe dont ces auteurs partaient. Aussi, en 1776, devant le Parlement d'Aix, Émerigon, dont nous avons le plaidoyer, et qui défendait le système de Dupuys de la Serra et de Pothier (1), insistait avec force sur cet argument. Son argumentation est d'une précision et d'une netteté remarquables. La voici, telle qu'il la rapporte lui-même :

« Je ne suis véritablement créancier que de ce qui m'est dû, « et nullement de ce qui m'a déjà été payé. Porteur de plu- « sieurs signatures, j'ai le droit de me présenter dans chaque « *direction*, en vertu de l'action solidaire qui me compète; mais, « dans chaque *direction*, je suis nécessairement soumis à deux « lois : l'une prescrite par la nature des choses, l'autre dictée « par le Prince. Relativement à ces deux lois, je me présente et « ne puis me présenter dans chaque *direction* que pour la « somme qui m'est réellement due. Mon billet est de 2,000 « livres. J'aborde la première *direction*, dont le concordat est de « 50 p. 100, et je reçois 1,000 livres, parce qu'alors il m'en « était dû 2,000. Mais, après ce paiement reçu, mon billet n'est « plus que de 1,000 livres. Je ne puis donc me présenter à la

(1) Voy., ci-dessus, p. 587.

« seconde *direction*, en vertu de mon action solidaire, que pour « les 1,000 livres qui me restent dues. Je m'y présente. Le con- « cordat est également à 50 pour 100 : je ne puis donc pré- « tendre que 500 livres, qui sont la moitié de ce qui m'était dû. « Il reste encore 500 livres, dont la troisième *direction*, qui se « trouve encore dans la même hypothèse, ne me paiera que la « demie. Mon action solidaire aura, par ce moyen, produit tout « l'effet dont elle était susceptible d'après la nature des choses « et la loi du Prince. J'ai figuré dans chaque *direction*, parce « que j'étais créancier solidaire de chacun des faillis ; mais « chacun des faillis n'est obligé de me payer ce qui m'est dû, « ou ce qui me reste dû, que relativement à son concor- « dat » (1).

Voilà comment raisonnait Émerigon. Est-il possible de répondre à cet argument?

Les auteurs, en général, n'y ont fait que des réponses évasives; ils ont cherché moins à le réfuter qu'à l'éluder. Ils se bornent, en effet, à dire que, dans le système de Dupuys de la Serra et de Pothier, le créancier, quel que fût le nombre de ses débiteurs solidaires, ne pouvait parvenir à être payé intégralement, — ce qui est vrai, mais ce qui n'ôte rien à la force de l'argument présenté par Émerigon : car le résultat dont il s'agit se produirait si les débiteurs solidaires, au lieu d'être en faillite, étaient en déconfiture; et cependant il est certain qu'on devrait, dans ce cas de déconfiture, décider comme le faisaient Dupuys de la Serra et Pothier, en se fondant sur le principe du paiement. Leur système est celui qu'il faut suivre sous l'empire du Code Napoléon, quand les débiteurs sont en déconfiture; mais le tort de ces auteurs est d'avoir voulu le transporter hors de sa sphère naturelle, d'avoir voulu l'appliquer au cas de faillite, cas pour lequel il n'est pas fait, avec lequel il est incompatible.

En effet, dans le cas de faillite, ce n'est pas *le principe du*

(1) *Traité des Contrats à la grosse aventure*, Chap. x, Sect. 3.

paiement qui est applicable, c'est le principe inverse, c'est *le principe du dividende*. Il s'agit seulement de bien comprendre en quoi ces deux principes diffèrent. La différence est complète, radicale :

Le principe du paiement, quand il y a solidarité entre plusieurs débiteurs, suppose que la dette est une et identique à l'égard de tous les obligés, qu'ils doivent tous la même chose, qu'ils sont débiteurs de la même somme : alors, si l'un d'eux paie cette somme en tout ou en partie, il se libère et libère les autres obligés, soit pour le tout, soit pour partie. Rien n'est plus clair que ce principe, rien n'est plus clair que la conséquence qui en résulte, et il n'est pas possible de se refuser à en faire l'application au cas où tous les obligés solidaires sont en déconfiture (1).

Au contraire, quand les obligés solidaires sont en faillite, le

(1) La plupart des auteurs modernes qui ont écrit sur le droit commercial considèrent cependant la disposition de l'art. 542 comme n'étant autre chose qu'une application du droit commun en matière de solidarité. Ainsi M. Renouard (t. II, p. 177) voit dans le système de Dupuys de la Serra et de Pothier *une restriction aux conséquences de la solidarité*. M. Massé (t. III, n° 2021) emploie la même expression : « Qu'après une « division volontaire, ajoute-t-il, le créancier ne puisse agir contre les au- « tres débiteurs que sous la déduction de ce qu'il a reçu, on le comprend ; « mais la division forcée qui résulte d'un concordat ne peut être opposée « au créancier qui agit contre plusieurs débiteurs faillis, parce que, tous « les faillis étant débiteurs de la totalité, c'est la totalité de la dette, et non « la dette réduite, qui doit figurer à leur passif et dans leur concordat. » Enfin voici comment M. Bédarride s'exprime à cet égard (t. II, n° 853) :

« Lorsque tous les débiteurs sont en faillite, le droit du créancier d'exi- « ger un paiement intégral n'en existe pas moins ; mais la faculté de l'ob- « tenir est singulièrement altérée. Il ne recevra dans chaque faillite qu'un « dividende plus ou moins considérable. Or, si ce dividende était déduit « dans les diverses faillites, s'il n'était admis dans chacune que pour le solde « résultant de cette déduction, il est certain d'avance qu'il n'obtiendrait « jamais le paiement total de ce qui lui est dû, au mépris du droit que sa « qualité lui assure. C'est donc par respect de ce droit que la loi lui laisse « la faculté de se faire admettre dans la faillite de chacun de ses débiteurs « pour la totalité de ce qui lui est dû, et de retirer un dividende propor- « tionnel, jusqu'à parfait paiement. *Cette faculté n'est que la conséquence de « la solidarité qui lie les débiteurs.* »

créancier a sans doute, comme je l'ai dit, le droit de se faire inscrire pour la totalité de sa créance dans la faillite de chacun d'eux; mais, par l'effet du jugement déclaratif, il s'opère dans chaque faillite une transformation de la créance, la créance se transforme en un droit à un dividende. Et ce droit, bien que dérivant de la créance, en diffère essentiellement, en ceci, qu'il est distinct dans chaque faillite, puisque la quotité du dividende dépend de la totalité du passif et de l'actif de chacune d'elles. En ce qui concerne *le droit au dividende*, et, si l'on veut se servir de cette expression, *la dette de dividende*, il n'y a pas de solidarité entre les diverses masses : car, bien que le créancier soit inscrit dans chacune d'elles pour la même somme, il aura droit dans chacune d'elles à des dividendes différents, dans l'une à 50 p. 100, dans l'autre à 75 p. 100, dans une autre seulement à 25 p. 100; et la masse qui paiera 25 seulement se libérera aussi bien envers le créancier que celle qui paiera 75 p. 100, parce qu'elle aura soldé tout ce dont elle était tenue : le créancier n'aura plus rien à lui demander, puisqu'il aura reçu tout ce qui lui revenait dans cette masse.

Ainsi, les diverses masses, en tant qu'il s'agit du dividende revenant au créancier, doivent des choses non-seulement distinctes, mais différentes, totalement différentes. Voilà *le principe du dividende*. Il en résulte cette conséquence, qui est forcée, qu'il n'y a pas de solidarité entre les masses, que le dividende payé par l'une d'elles la libère complétement, mais ne peut avoir d'influence sur le dividende dû par les autres, ne peut diminuer en rien le droit qu'a le créancier de toucher ce dividende, puisqu'il est distinct et indépendant de celui ou de ceux qu'il a déjà reçus, — à moins que tous les dividendes réunis n'atteignent le chiffre de sa créance, car alors le droit du créancier s'arrête forcément, puisqu'il est totalement désintéressé.

On le voit donc, en vertu du *principe du dividende*, le créancier aura le droit de figurer dans toutes les masses, et d'y figurer pour l'intégralité de sa créance, du moins jusqu'à son parfait

paiement. Le système de Dupuys de la Serra et de Pothier, qui soumettait le créancier à la déduction des dividendes déjà reçus, était incompatible avec *le principe du dividende*, tel que je viens de l'expliquer. Pothier, très-versé dans les matières civiles, mais peu familiarisé avec les matières commerciales, ne tenait pas compte de ce principe. Il confondait deux situations complétement différentes, l'état de déconfiture et l'état de faillite (1), et appliquait la même règle à l'une et à l'autre, tandis qu'elles sont régies, et doivent l'être, par deux principes aussi différents que le sont ces situations elles-mêmes. Dans l'une de ces situations, il y a solidarité; dans l'autre, il y a absence, impossibilité même de toute solidarité, attendu que la chose due par les diverses faillites n'est pas la même, et que là où la dette n'est pas une et identique il n'y a pas de solidarité possible.

Le système de Savary, au contraire, était fondé sur le véritable principe, le principe du dividende; seulement, ce principe était faussé dans son application par la combinaison qu'en faisait Savary avec un autre principe qui l'exclut, avec le principe de la solidarité. Savary partait de l'idée suivante : « Le créancier, quand il a touché le dividende qui lui revient dans la faillite d'un de ses débiteurs solidaires, a reçu tout ce à quoi il a droit dans cette faillite : elle est complétement quitte, parfaitement libérée envers lui. » Rien n'était plus vrai, assurément; mais, faisant intervenir là mal à propos le principe de la solidarité, qui manque absolument de base en matière de dividende, Savary en concluait que la créance, étant éteinte à l'égard d'une faillite, l'était par cela même à l'égard de toutes les autres, parce que, quand un des co-débiteurs solidaires paie ce qui est dû, il se libère complétement et libère complétement les autres obligés. C'était en cela, mais en cela seulement, que péchait le système de Savary, système fondé, du reste, sur le véritable principe.

(1) Généralement, dans notre ancien droit, on ne distinguait pas la *déconfiture* et la *faillite*. Voy., ci-dessus, p. 14, note.

De deux choses l'une : ou toutes les faillites des débiteurs solidaires doivent un seul et même objet, ou elles doivent des objets différents; il n'y a pas de milieu. Si elles doivent un seul et même objet, il faut appliquer le principe de la solidarité et celui du paiement, dire que le créancier ne peut se prétendre créancier que de ce qui excède la somme par lui reçue, que sa créance est éteinte jusqu'à concurrence de cette somme : en un mot, il faut raisonner et décider comme le faisaient Dupuys de la Serra et Pothier. Si elles doivent des objets différents, il n'y a pas de solidarité possible entre ces faillites : il faut donc laisser de côté le principe de la solidarité et celui du paiement, et s'attacher au principe du dividende, dont la conséquence est que le créancier peut toucher dans chaque faillite, jusqu'à ce qu'il soit désintéressé, le dividende afférent à sa créance. En résumé, s'il y a, quant à la dette, solidarité entre les co-débiteurs, il n'y a pas de solidarité entre les faillites quant aux *dividendes :* le dividende qui est dû par l'une est distinct de celui qui est dû par les autres, et n'en diffère pas moins que 75 ne diffèrent de 25 p. 100.

Aussi le troisième système, qui avait fini par prévaloir dans l'ancienne jurisprudence, et qui a été consacré par le Code de commerce et par la loi de 1838 *sur les faillites*, n'est-il que le système de Savary, dégagé, épuré d'un élément hétérogène que Savary y avait mal à propos introduit, du principe de la solidarité qui l'altérait et le dénaturait. En l'isolant de ce principe, en reconnaissant l'impossibilité de toute solidarité quant au droit du créancier aux dividendes, on devait nécessairement arriver au troisième système, et décider, comme l'avait fait l'ancienne jurisprudence dans son dernier état, et comme le fait aujourd'hui l'art. 542, que « le créancier, porteur d'engage-« ments souscrits, endossés ou garantis solidairement par le « failli et d'autres co-obligés qui sont en faillite, participera « aux distributions dans toutes les masses, et y figurera pour « la valeur nominale de son titre, jusqu'à parfait paiement. »

Ces mots : *participera aux distributions dans toutes les masses*,

sont la réprobation du système de Savary, qui, par une fausse application du principe de la solidarité, n'admettait le créancier à participer aux distributions que dans une seule masse. Quant aux mots suivants : *y figurera pour la valeur nominale de son titre*, ils sont la réprobation du système de Dupuys de la Serra et de Pothier, qui admettaient bien le créancier à figurer dans toutes les masses, mais seulement déduction faite des dividendes qu'il avait déjà reçus; ces derniers mots sont en même temps la consécration du troisième système, qui est seul conforme au véritable principe, au principe du dividende, et qui, bien que généralement mal compris, est définitivement acquis à la doctrine et à la législation (1).

(1) On ne peut nier que M. Bravard n'explique d'une manière fort ingénieuse le système consacré dans l'art. 542. Mais, en définitive, sa théorie me paraît plus spécieuse que solide. En effet, d'abord, de ce que la faillite de Primus donne 75, celle de Secundus 50, celle de Tertius 25 p. 100, à titre de dividende, faut-il absolument conclure qu'il n'y a aucune solidarité possible entre les trois masses? Non : car, assurément, quand Primus me doit 75, rien ne s'oppose à ce que Secundus et Tertius le cautionnent solidairement, l'un jusqu'à concurrence de 50, l'autre jusqu'à concurrence de 25; et, si Tertius me paie les 25 qu'il me doit, sans aucun doute je ne pourrai plus me présenter à Primus que comme créancier de 50. De plus, s'il n'y a pas solidarité ou quelque chose d'analogue entre les masses des co-débiteurs faillis, comment s'expliquer que la masse qui a payé 75 tandis qu'une autre payait 25 p. 100, puisse avoir un recours contre la troisième masse, conformément à l'art. 543? — Ce qui est bien certain, c'est que la théorie exposée par M. Bravard est restée absolument étrangère au législateur. L'idée du législateur, j'en suis convaincu, a été simplement celle-ci : En matière civile, il n'arrivera presque jamais que tous les coobligés solidaires se trouveront à la fois en état de déconfiture, et, par conséquent, le créancier, qui ne peut se présenter à Secundus qu'en déduisant ce qu'il a déjà reçu de Primus, a néanmoins chance d'obtenir en définitive son paiement intégral; au contraire, en matière commerciale, comme le créancier est exposé à ce que tous les obligés se trouvent en faillite, il faut nous arranger de telle manière que, même dans ce cas, il ait possibilité de ne rien perdre.

Du reste, la théorie de M. Bravard entraînerait plusieurs conséquences que la pratique a repoussées.

Ainsi on s'est demandé si le créancier qui dans la faillite de l'un de ses débiteurs solidaires a touché une partie de sa créance en vertu d'un droit de privilége ou d'hypothèque peut maintenant dans la faillite des autres, où il ne vient que comme chirographaire, invoquer le bénéfice de notre

— Il ne me reste plus qu'à signaler deux conséquences remarquables du principe du dividende, lesquelles contribueront à le mettre encore mieux en relief, à montrer mieux encore

art. 542 et réclamer un dividende calculé sur la valeur nominale de son titre. La théorie de M. Bravard paraît bien conduire à une réponse négative : car cette théorie est fondée sur ce qu'il appelle le *principe du dividende ;* or le créancier hypothécaire ou privilégié est, à ce titre, en dehors de la faillite, et, par conséquent, ce qu'il touche en vertu de son droit d'hypothèque ou de privilége, ce n'est point un *dividende*, ce n'est point l'objet dû par la masse de la faillite. Mais la jurisprudence s'est, avec raison, prononcée en sens contraire : voy. l'arrêt de la Cour de Colmar du 14 mai 1851 et l'arrêt de la Cour d'Amiens du 29 juillet de la même année. « Il résulte de l'art. 542, dit ce dernier arrêt, que, quelle que soit l'impor« tance des à-compte reçus par le créancier dans une des faillites, il a le « droit de se présenter dans les autres pour toute sa créance. Ce droit est « attribué à tous les créanciers intéressés dans les faillites de leurs coobligés « solidaires, la loi ne distinguant pas entre ceux qui auraient reçu des à« compte à titre de privilége et ceux qui ne les auraient touchés qu'à titre « de dividende ; si elle eût voulu établir cette distinction, elle l'aurait fait « en termes formels, et aurait soumis le créancier privilégié, qui, en cette « qualité, aurait reçu un à-compte dans une faillite, à l'obligation de ne se « présenter aux distributions de l'autre que sous la déduction de ce qui « lui avait déjà été payé, obligation qu'elle n'a cependant imposée « (par l'art. 544) qu'aux créanciers auxquels des à-compte ont été donnés « *avant la faillite.* Il est vrai que de l'ensemble des dispositions des arti« cles 547 et suiv. il ressort que le créancier privilégié ne peut concourir « avec les autres créanciers dans une faillite que pour ce qui lui reste dû « après les paiements qui lui ont été faits en vertu de son privilége ; mais « cette règle, applicable aux distributions de deniers qui s'opèrent dans une « seule faillite, ne saurait être invoquée contre le créancier de plusieurs « coobligés solidaires tombés en faillite : en faveur de ce créancier, de« venu ainsi intéressé dans plusieurs faillites étrangères l'une à l'autre, et « dont chacune est tenue de la totalité de la dette, la loi a établi des dis« positions spéciales, exceptionnelles, destinées à assurer l'entier acquit« tement de sa créance... » (Dev.-Car., 51, 2, 725). — La doctrine de cet arrêt est approuvée par MM. Renouard (t. II, p. 179) et Alauzet (t. IV, n° 1842).

On s'est également demandé si, pour que l'art. 542 puisse recevoir son application, il est indispensable que tous les débiteurs soient en faillite. Supposons que, sur quatre débiteurs solidaires, deux seulement, Primus et Secundus, ont été déclarés en faillite. Le créancier n'a rien reçu des deux autres ; peut-être l'obligation n'est-elle pas encore exigible vis à vis d'eux. D'abord il me paraît incontestable qu'après avoir touché un dividende dans la faillite de Primus, ce créancier pourra se présenter à la faillite de

combien il diffère du principe du paiement. Ces conséquences ressortent de la combinaison de l'art. 542 avec l'art. 544, et de l'art. 544 lui-même.

Secundus pour la valeur nominale de son titre. C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de cassation, dans son arrêt, déjà cité (ci-dessus, p. 574, note 3), du 24 juin 1851 : « Ni le texte, ni l'esprit de l'art. 542, dit la Cour, « n'exigent, pour l'application de sa disposition, que les coobligés soli- « daires soient tous, sans exception, en état de faillite. » Que si maintenant le créancier, après avoir ainsi touché un dividende dans la faillite de Primus et dans celle de Secundus, se présente à une contribution ouverte sur Tertius, qui n'est pas commerçant, il me paraît également incontestable qu'il ne pourra pas y figurer pour la valeur nominale de son titre, mais seulement pour ce qui lui reste dû, déduction faite des deux dividendes déja touchés : évidemment l'art. 542 n'est aucunement fait pour cette hypothèse. — Enfin supposons que, les débiteurs Primus et Secundus étant en faillite, le créancier se soit tout d'abord fait payer un à-compte par Tertius ou sur les biens de Tertius : pour combien pourra-t-il figurer dans la faillite de Primus et dans celle de Secundus? Suivant la théorie de M. Bravard, il semble bien que logiquement il n'y pourra pas figurer pour la valeur nominale de son titre. En effet, Tertius n'étant pas en faillite, c'est, pour parler le langage de M. Bravard lui-même, non pas un *dividende*, mais un *paiement partiel*, que Tertius a fourni; or, un créancier de 100, qui sur sa créance totale a reçu un paiement de 25, ne peut plus se présenter que comme ayant une créance de 75. Mais ici encore la jurisprudence en a décidé autrement : tirant de l'art. 544 un argument *a contrario*, elle applique en cas pareil le principe de l'art. 542. Voy. l'arrêt de la Cour de Rouen du 27 avril 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 121), sur lequel nous aurons bientôt occasion de revenir à propos de l'art. 544.

— Le porteur d'un effet de commerce, lorsque les différents obligés sont en faillite, peut invoquer le bénéfice de l'art. 542, encore bien que son endosseur lui eût remis ledit effet en compte-courant et sous condition d'encaissement. C'est ce que la Cour de cassation a très-bien jugé, par un arrêt du 5 février 1861. Dans l'espèce, le porteur avait reçu 50 p. 100 de la faillite de l'accepteur et prétendait figurer pour la valeur nominale de son titre dans la faillite de l'endosseur. « Vainement, dit la Cour, le demandeur « (le syndic de la faillite de l'endosseur), pour échapper aux effets de l'en- « dossement déterminés par les art. 136, 142 et 542 du Code de commerce, « se prévaut de la clause de *sauf encaissement*, exprimée ou sous-entendue « dans la négociation d'une lettre de change remise en compte courant par « l'un des contractants à l'autre, prétendant que cette clause constitue une « condition résolutoire, qui opère de plein droit, contre le gré même du « porteur, lorsque l'encaissement ne s'accomplit pas, et efface dans les « mains de ce porteur la propriété de la lettre de change, qui ne lui aurait « été transmise que conditionnellement : la clause de *sauf encaissement*,

I. Supposons qu'il s'agit d'un créancier auquel il est dû 12,000 fr. (je prends toujours la même espèce), et que le paiement de ces 12,000 fr. lui a été garanti par une caution; supposons, de plus, que le débiteur principal est tombé en faillite, et qu'au moment où cette faillite a été déclarée le créancier avait reçu de la caution, qui, elle, n'était pas en faillite, un à-compte de 6,000 fr. (1). Pour combien le créancier figurera-t-il dans la faillite du débiteur principal? pour combien sera-t-il porté au bilan? Pour ce qui lui est dû, pour 6,000 fr. (2).

Supposons, au contraire, que, la caution et le débiteur principal ayant été déclarés tous les deux en faillite, le créancier a reçu dans la faillite de la caution, sur sa créance de 12,000 fr., un dividende de 50 p. 100, c'est-à-dire 6,000 fr. : pour combien figurera-t-il dans la faillite du débiteur principal? Pour 12,000 fr. (3).

Ce résultat étonne les praticiens et même les jurisconsultes du droit civil : ils ne comprennent pas comment, alors que le créancier a reçu la même somme, ni plus ni moins, il peut se trouver dans deux situations aussi différentes, avoir droit de se présenter à la faillite du débiteur principal pour 6,000 fr. seulement, ou pour 12,000, suivant qu'il a reçu cette somme, dont le chiffre est exactement le même, de la caution restée à la tête

« exprimée ou sous-entendue dans le contrat de compte courant, y a été « introduite dans l'intérêt de celui qui reçoit les traites et pour la sécurité « de ses relations avec l'envoyeur, dont les créanciers, en cas de faillite « de celui-ci, ne peuvent opposer au porteur, lorsqu'il juge utile d'y re- « noncer, la résolution facultative renfermée dans cette clause... » (Dev.-Car., 61, 1, 491). On peut rapprocher de cette décision l'arrêt de la même Cour, du 14 mai 1862, rapporté ci-dessus, p. 523, note.

(1) Peu importe, du reste, que la caution ait payé spontanément cet à-compte de 6,000 fr. ou que le créancier l'ait reçu à la suite d'une saisie.

(2) C'est ce que dit expressément le 1er alinéa de l'art. 544, qui est ainsi conçu : « Si le créancier, porteur d'engagements solidaires entre le failli « et d'autres coobligés, a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa « créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet à- « compte, et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le « coobligé ou la caution. »

(3) C'est l'application littérale de l'art. 542.

de ses affaires, ou bien des syndics de sa faillite. Ce résultat, qui est pourtant certain, qui ressort de la combinaison des art. 542 et 544, leur paraît bizarre, contradictoire, inexplicable. Il le serait véritablement si l'on voulait rapporter ces deux décisions, évidemment contraires, à un seul et même principe. Mais elles sont très-simples, très-logiques, lorsqu'on les rattache aux principes dont elles dérivent : l'une au principe du paiement partiel, l'autre au principe du dividende.

En effet, quand le créancier a reçu de la caution, qui n'était pas en faillite, une somme de 6,000 fr., sur 12,000 qui lui étaient dus, c'est un paiement partiel ou un à-compte qu'il a reçu : ce paiement partiel a libéré la caution qui l'a fait et le débiteur principal pour qui elle l'a fait, jusqu'à concurrence de 6,000 fr.; le créancier n'est plus créancier que des 6,000 fr. restants, et, dès lors, si le débiteur vient à tomber en faillite, il ne peut plus figurer dans sa faillite que pour 6,000 fr., cela est évident (1).

Mais, quand le créancier a reçu dans la faillite de la caution un dividende de 50 p. 100 sur sa créance de 12,000 fr., c'est le principe du dividende qui est applicable. Le créancier a reçu ces 6,000 fr., non pas pour 6,000 fr., mais pour 12,000 fr. : ces 6,000 fr. qu'il a reçus en représentent 12,000 en monnaie de dividende, et libèrent complétement la faillite de la caution envers le créancier. Le paiement d'un dividende est toujours un paiement total, il opère toujours l'extinction totale du droit du créancier, puisque, fort ou faible, peu importe, le dividende représente tout ce qui revient au créancier dans la faillite qui le paie. Cela posé, on comprend sans peine que le créancier qui a reçu dans la faillite de la caution ce dividende de 50 p. 100 (soit, en monnaie ordinaire, 6,000 fr.), n'en aura pas moins le droit de se présenter dans la faillite du débiteur principal comme créancier de 12,000 fr., ou, pour mieux dire, comme

(1) Ici s'applique avec une exactitude parfaite le raisonnement d'Émerigon. Voy., ci-dessus, p. 593.

ayant droit à un dividende proportionnel à 12,000 fr., puisqu'il est inscrit pour cette somme au passif de la faillite, et que le dividende de 50 p. 100, qu'il a reçu dans la faillite de la caution, est différent de celui auquel il a droit dans la faillite du débiteur principal, lequel dépend, non pas seulement de la somme pour laquelle le créancier est inscrit dans cette faillite, mais de la totalité de son actif et de son passif.

On voit donc qu'en s'attachant au principe du dividende, cette décision se concilie parfaitement avec la précédente. Il n'y a point antinomie : il y a deux décisions dérivant chacune d'un principe tout différent (1).

(1) Malheureusement pour la théorie de M. Bravard, il ne faut pas seulement distinguer, comme il le fait, suivant que les 6,000 fr. reçus d'abord par le créancier lui ont été fournis à titre d'à-compte par la caution restée à la tête de ses affaires, ou lui ont été fournis à titre de dividende dans la faillite de la caution. Ce n'est point là la distinction qui ressort de l'art. 544. D'après cet article, pour que le créancier qui se présente à la faillite du débiteur principal soit tenu de déduire du montant de sa créance originaire l'à-compte qu'il a reçu de la caution, il faut nécessairement qu'il l'ait reçu AVANT la faillite du débiteur principal; d'où il résulte *a contrario* que, si le créancier a reçu un à-compte de la caution, qui n'est nullement en faillite, après que la faillite du débiteur principal est déclarée, le créancier conserve le droit de se présenter à cette faillite du débiteur principal pour la valeur nominale de son titre. En d'autres termes, la règle que M. Bravard applique seulement au cas où le créancier a commencé par toucher un dividende de 6,000 fr. dans la faillite de la caution, la loi l'applique également au cas où, la caution n'étant point en faillite, mais le débiteur principal y étant déjà, le créancier a reçu de la caution un à-compte de 6,000 fr. La théorie de M. Bravard sur l'art. 542 se trouve ainsi complétement ruinée : car elle a pour base essentielle la distinction entre le *principe du paiement partiel* et le *principe du dividende;* or la loi traite exactement de même le cas où le créancier a reçu un dividende dans la faillite de la caution et le cas où, le débiteur étant en faillite, le créancier a reçu de la caution un paiement partiel.

La jurisprudence, du reste, a toujours donné à l'art. 544 le sens que je viens de lui donner moi-même :

Ainsi, la Cour de cassation, dans l'arrêt, déjà cité, du 24 juin 1851 (ci-dessus, p. 574, note 3), dit très-bien : « La somme produite entre les mains « de la Banque par la réalisation partielle du gage, n'ayant été touchée que « depuis l'ouverture de la faillite, ne peut évidemment donner lieu à l'ap- « plication de l'art. 544, relatif aux à-compte touchés avant la faillite. »

II. Je passe à une autre conséquence du principe du dividende comparé avec le principe du paiement partiel. Mais celle-

— Même décision dans un arrêt de la Chambre civile, du 23 novembre 1852 (Dev.-Car., 53, 1, 23).

La Cour de Rouen, dans son arrêt du 27 avril 1861, applique la même doctrine et la motive de la manière suivante : « Attendu que, lorsque T. a « reçu de C. (souscripteur d'un billet à ordre) l'à-compte de 2,000 fr., H., « premier endosseur, était déjà en état de faillite ; que, de ce moment, le « créancier avait acquis le droit de se présenter pour la valeur totale de sa « créance dans les diverses masses et, partant, dans celle de la faillite H. ; « que ce droit ne lui a pas été enlevé par le paiement partiel que C. lui a « fait postérieurement ; qu'en recevant cet à-compte, T. entendait rester, « comme en effet il restait, dans le droit acquis de figurer pour la totalité « de sa créance dans la masse de la faillite ouverte de H. ; — Attendu qu'au « cas de l'art. 544 la condition du créancier est toute différente : qu'en effet, « lorsqu'il reçoit un à-compte avant la faillite, tous les codébiteurs sont *in* « *bonis;* qu'il se trouve dans la position du créancier qui, suivant le Code « Napoléon, reçoit une partie de sa créance et libère d'autant les coobligés « solidaires, et ne reste plus créancier que du surplus contre chacun d'eux ; « — Que, l'à-compte dont s'agit ayant été donné alors que l'un d'eux était « en faillite, ce n'est pas cet article, mais l'art. 542 qui devait être appli- « qué... » (Dev.-Car., 62, 2, 121).

Enfin voici comment s'exprime la Cour de Paris, dans son arrêt du 18 janvier 1862 : « Il résulte des dispositions formelles de l'art. 544 du Code « de commerce que, si le créancier, porteur d'engagements solidaires con- « tre un failli et d'autres coobligés, qui a reçu un à-compte sur sa créance, « ne peut être compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, « c'est uniquement dans le cas où le paiement qui lui a été fait est anté- « rieur à la faillite. Il en est autrement lorsque le paiement a eu lieu après « la faillite et le concordat : alors il n'autorise pas le failli à opérer une « réduction proportionnelle sur la créance admise au passif et sur les divi- « dendes de la faillite. En effet, la situation des parties est fixée par l'ad- « mission du créancier au passif de la faillite : cette admission crée un « droit qui puise sa force dans les principes posés par l'art. 542... En « outre, après la faillite, le rôle du failli et celui de la caution sont essen- « tiellement distincts : le failli distribue les dividendes au paiement des- « quel il est obligé, la caution a pour objet général de payer ce qui est « dû en dehors et en sus de ces dividendes : d'où il suit qu'alors même « qu'elle se libérerait par avance du montant de son cautionnement, le « débiteur principal n'en est pas moins tenu de tous ses engagements, « pourvu que le créancier ne reçoive pas au-delà de sa créance... » (Dev.-Car., 62, 2, 397).

J'aurai occasion de revenir sur cet arrêt : dans l'espèce, comme on peut le voir par les derniers mots qui viennent d'être rapportés, il y avait ceci

ci peut paraître contestable, et elle est plus contestée, quoique en réalité elle ne présente pas plus de difficulté.

Supposons toujours qu'il s'agit d'un créancier auquel il est dû 12,000 fr. garantis par une caution; que la caution, qui n'est pas en faillite, a fait au créancier un paiement partiel de 6,000 fr.; que le débiteur principal a ensuite été déclaré en faillite. Le créancier, nous l'avons déjà vu, ne pourra figurer dans cette faillite que pour 6,000 fr.; mais la caution, qui a fait le paiement partiel de 6,000 fr., pourra-t-elle, de son côté, venir concurremment avec le créancier réclamer un dividende pour ces 6,000 fr. ?

Supposons, par exemple, pour mieux faire saisir la difficulté, que tout l'actif du débiteur se réduit à 6,000 fr., et qu'il n'a pas non plus d'autres dettes (1). Le créancier pourra-t-il se faire attribuer, comme lui revenant en propre, et de préférence à la caution, ces 6,000 fr., ou bien sera-t-il tenu de souffrir le concours de la caution, à laquelle il est dû pareillement 6,000 fr.,

de particulier que la caution n'avait pas garanti toute la dette : le paiement par elle fait après la faillite était de *tout ce qu'elle avait garanti*.

La doctrine qui ressort de ces différents arrêts est également admise par plusieurs auteurs : « C'est à tort, dit M. Renouard (t. II, p. 185), que l'on « a cru voir une contradiction entre les art. 542 et 544, destinés à régler « des cas différents : l'art. 542 établit des règles spéciales pour le cas de « *paiement après faillite;* l'art. 544 applique aux *paiements partiels avant* « *faillite* les principes du droit commun. » Il paraît que M. Bravard lui-même avait fini par reconnaître que les art. 542 et 544 conduisent forcément à cette distinction. En effet, dans la 6e édition de son *Manuel*, publiée peu de temps avant sa mort, il cite le texte du 1er alinéa de l'art. 544, puis il ajoute : « Il en serait donc autrement si le créancier n'avait reçu cet « à-compte que *depuis la faillite* » (p. 666).

Il est bien entendu que, toutes les fois que nous parlons de *la faillite*, nous voulons exprimer par là *le jugement déclaratif de la faillite*. Ainsi, lorsque, le créancier ayant reçu un à-compte de la caution, on se demande pour quelle somme il pourra se présenter à la faillite du débiteur principal, il faut rechercher en fait s'il a reçu l'à-compte avant ou après le jugement qui a déclaré cette faillite. C'est aussi ce qu'a reconnu la Cour de Paris, par un arrêt du 3 mai 1850.

(1) C'est là une hypothèse qui en fait ne se réalisera jamais et à laquelle, comme je le montrerai bientôt, le législateur n'a point songé.

et qui prétend qu'elle a, comme le créancier, droit à un dividende de 50 p. 100 sur sa créance de 6,000 fr., par conséquent à 3,000 fr. ?

En regard de cette situation, prévue et réglée par l'art. 544, il faut mettre celle qui se produira lorsque le débiteur ne sera pas commerçant, et se trouvera en état de déconfiture. Supposons, par exemple, que le débiteur est décédé, et que l'inventaire qui a été dressé après son décès constate que tout son actif se réduit à une somme de 6,000 fr. : il est, par conséquent, inférieur de moitié à son passif, puisque, au moment de son décès, il devait 6,000 fr. au créancier cautionné, plus 6,000 fr. à la caution, en tout 12,000 fr. La caution pourra-t-elle empêcher le créancier de se faire attribuer, pour ce qui lui reste dû, les 6,000 fr. composant l'actif du débiteur? Elle ne le pourra pas : car elle a garanti au créancier le paiement des 6,000 fr. qui lui restent dus, et dès lors elle ne peut l'empêcher de les recevoir : elle ne peut lui causer elle-même le dommage dont elle a pris l'engagement de le préserver. Cela est évident, et ne saurait être révoqué en doute (1).

En sera-t-il donc autrement lorsque le débiteur, au lieu d'être en déconfiture, se trouvera en faillite, — lorsque, au lieu d'être un non-commerçant insolvable, ce sera un commerçant en faillite? L'ancien texte du Code, quand le débiteur était en faillite, admettait la caution à concourir avec le créancier (2). Cette disposition avait été mal comprise par les auteurs, qui l'avaient critiquée comme contraire à la nature du cautionnement. En conséquence, ils n'admettaient la caution que *pour la forme* à figurer concurremment avec le créancier dans la faillite du débiteur principal, ce qui revenait absolument au même que si la caution n'avait pas été admise du tout à concourir avec lui.

(1) Sur ce point, je suis pleinement de l'avis de M. Bravard.

(2) « Les créanciers garantis par un cautionnement seront compris dans « la masse, sous la déduction des sommes qu'ils auront reçues de la cau- « tion. La caution sera comprise dans la même masse pour tout ce qu'elle « aura payé à la décharge du failli » (ancien art. 538).

Quand on révisa, en 1838, le livre III du Code, on consacra d'abord cet expédient (1); mais, après de plus mûres réflexions, et en ayant égard aux observations que je présentai contre cette innovation peu réfléchie (2), on y renonça, et on consacra le

(1) Le projet adopté en 1835 par la Chambre des députés avait un art. 543 qui contenait tout ce que contient aujourd'hui l'art. 544, sauf cette phrase finale du 1er alinéa : « Le créancier conservera, pour ce qui lui restera dû « ses droits contre le coobligé ou la caution. » Puis venait, dans ce projet, un art. 544, ainsi conçu : « Néanmoins le créancier conservera, pour le « surplus, ses droits contre le coobligé ou la caution. En conséquence, il « pourra, s'ils ne sont point en faillite, réclamer directement, jusqu'à con- « currence de ce qui lui restera dû, la part à eux afférente dans la faillite « du débiteur principal ; si le coobligé ou la caution sont eux-mêmes en « faillite, il n'exercera son action que contre leurs masses. »

(2) Voici, en effet, comment s'exprimait M. Bravard, dans son *Examen comparatif*, p. 136 et suiv. :

« Arrivons à une innovation des rédacteurs du nouveau projet, qui, en « croyant perfectionner une disposition du Code, à laquelle il n'y avait « rien à changer ni à ajouter, ont commis une erreur des plus graves.

« Il s'agit du cas où, alors que le créancier a reçu un paiement partiel « de la caution, le débiteur principal tombe en faillite.

« Le Code, dans ce cas, décide que le créancier sera compris dans la « masse sous la déduction de ce qu'il a reçu de la caution, et que la cau- « tion y sera pareillement comprise pour tout ce qu'elle aura payé à la « décharge du failli.

« Et cependant l'art. 1252 du Code civil décide que le créancier, qui n'a « reçu de la caution qu'un paiement partiel, a un droit de préférence sur « la caution pour ce qui lui reste dû!

« N'y a-t-il donc pas contradiction entre ces deux articles? — La diffi- « culté a été aperçue par tous les auteurs; mais aucun, que je sache, n'en « a donné la solution.

« Aussi l'auteur du *Répertoire de jurisprudence générale*, après avoir « reproduit le texte de l'art 538, ajoute-t-il :

« ... *Il semble que l'art.* 538 *eût dû être rédigé autrement : car il paraît « certain que les auteurs du Code de commerce n'ont pas voulu déroger à « l'art.* 1252 *du Code civil. Il aurait fallu dire que le créancier pourra se « présenter à la masse du débiteur principal pour la totalité de sa créance, « nonobstant les paiements partiels qu'il aurait reçus de la caution. Toute- « fois le vice de rédaction que l'on peut reprocher à l'art.* 538 *n'entraîne « après lui aucun inconvénient, et il ne nuit, en quoi que ce soit, au créan- « cier, puisque* (*comme le fait observer M. Pardessus*), *par une juste consé- « quence des principes généraux, qui ne permettent pas que la subrogation « nuise au créancier qui n'a été payé qu'en partie, ce dernier aurait droit de « se faire attribuer, exclusivement à tous les autres créanciers de la caution,*

système du Code, dans des termes encore plus explicites. On dit (art. 544) :

« Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le

« *le dividende que celle-ci vient réclamer pour la part de la dette qu'elle a* « *déjà payée, sans préjudice du droit de la poursuivre pour le reste.* »

« Qu'est-ce à dire? que l'art. 538, qui est parfaitement clair, et où rien « n'annonce qu'il y ait le moindre vice de rédaction, est un non-sens : « car, ainsi entendu, il se réduirait à ceci : *Le créancier, au lieu de pren-* « *dre dans la masse le dividende afférent à la caution, le prendra dans les* « *mains de la caution, exclusivement à tous les autres créanciers de celle-ci;* « c'est-à-dire qu'on annule l'art. 538.

« Mais, qu'il me soit permis de le dire, on a totalement perdu de vue à « quel cas s'applique l'art. 538, à savoir que c'est au seul cas de faillite et « de répartition de dividendes. Or, tout dividende, quelque faible qu'il « soit, emporte, — je ne dis pas pour le failli lui-même, car il reste per- « sonnellement débiteur de ce qui manque pour désintéresser le créan- « cier, — mais pour la masse, libération complète. Dès lors le créancier « qui a reçu son dividende dans la masse du débiteur principal a reçu tout « ce que cette masse lui devait : par conséquent, l'art. 1252, évidemment « inapplicable à cet égard, ne s'oppose pas le moins du monde à ce que « la caution vienne de son côté toucher son dividende dans cette masse, « qui est pleinement libérée vis à vis du créancier cautionné.

« Il n'y a donc aucune contradiction entre l'art. 1252 et l'art. 538.

« Cependant, dans le nouveau projet, par suite de la confiance qu'on « s'est plu à accorder à l'opinion des auteurs, qui malheureusement n'ont « pas compris l'art. 538, après avoir reproduit, dans les termes mêmes du « Code, la disposition de cet article, on ajoute que *le créancier pourra, si* « *la caution n'est pas en faillite, réclamer directement la part à elle affé-* « *rente dans la faillite du débiteur principal*; mais que, *si la caution est* « *elle-même en faillite, il n'exercera son action que contre la masse.*

« D'abord, pour être conséquent, il aurait fallu décider d'une seule et « même manière, que la caution fût ou non en faillite. Car, de deux choses « l'une : ou, en principe, le dividende afférent à la caution dans la faillite « du débiteur principal revient directement au créancier jusqu'à concur- « rence de ce qui lui reste dû, et alors peu importe que la caution soit en « faillite, le droit du créancier n'en est pas moins direct, pas moins ex- « clusif; ou au contraire, en principe, le créancier n'a aucun droit direct « à ce dividende, et alors qu'importe que la caution ne soit pas en faillite? « le droit du créancier n'en peut pas pour cela devenir plus direct, plus « absolu.

« Mais, en droit et en principe, il est incontestable que la masse est « complétement libérée vis à vis du créancier qui a touché son dividende. « A la vérité, le créancier, si ce dividende est insuffisant pour le désinté- « resser, conserve tous ses droits pour le surplus contre le débiteur prin-

« failli et d'autres co-obligés a reçu, avant la faillite, un à-
« compte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que
« sous la déduction de cet à-compte, et conservera, pour ce qui
« lui restera dû, ses droits contre le co-obligé ou la caution. —
« Le co-obligé ou la caution qui aura fait le paiement partiel
« sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé
« à la décharge du failli. »

Mais il reste à répondre à l'objection qu'on faisait contre l'ancien texte du Code, et qu'on a depuis reproduite sans plus de raison contre le nouveau. Est-ce qu'il n'est pas vrai, aussi bien en matière de faillite qu'en matière de déconfiture, que la caution ne peut pas causer au créancier le dommage dont elle a promis de le préserver, qu'elle ne peut pas l'empêcher de toucher la somme dont elle lui a garanti le paiement? L'art. 544 n'est-il pas en contradiction flagrante avec ce principe? Oui, sans doute, si l'on veut appliquer ici les règles sur le paiement

« cipal et contre la caution, mais comme tout autre créancier : il pourra
« sans doute se faire payer sur le dividende de la caution, mais seulement
« comme sur tous ses autres biens, c'est-à-dire par contribution.

« Il y a donc tout à la fois inconséquence et erreur de principe dans la
« disposition du nouveau projet : elle doit être supprimée, et elle le sera,
« pour peu qu'on veuille se donner la peine d'y réfléchir. Il faut s'en tenir
« à l'art. 538 du Code, dont la disposition ne saurait être trop scrupuleu-
« sement respectée. »

J'admets avec M. Bravard que dans la disposition du projet il y avait à la fois une inconséquence et une erreur de principe. Mais je ne crois pas que M. Bravard fût parvenu à justifier l'art. 538 du Code, à réfuter l'objection à laquelle cet article avait donné lieu. Sans doute, quand la masse du débiteur principal paie au créancier le dividende qui lui revient, elle lui paie tout ce qu'elle lui doit, elle est désormais parfaitement libérée envers lui. Mais il s'agit de savoir quel est réellement le dividende qui revient au créancier; or, d'une part, ce dividende sera plus faible si nous permettons à la caution de se présenter comme créancière pour l'à-compte qu'elle a payé, et, d'autre part, la caution ne peut jamais nuire au créancier à qui elle a garanti qu'il serait désintéressé. Voilà une difficulté qui subsiste évidemment malgré le raisonnement de M. Bravard. Ce raisonnement, il faut en convenir, n'est au fond qu'une pétition de principe. Je chercherai dans un instant si la disposition de l'ancien art. 538 (ou du nouvel art. 544) méconnaît véritablement le principe que la caution ne peut pas nuire au créancier.

partiel; nullement, si l'on applique, comme il le faut, la règle du dividende. En effet, ainsi que je l'ai déjà dit et démontré, le dividende est toujours un paiement total. Le créancier n'a pu être inscrit dans la faillite du débiteur principal que pour 6,000 fr., puisque, au moment où cette faillite a été déclarée, il ne lui était pas dû davantage : dès lors, quand il a reçu un dividende proportionnel à ces 6,000 fr., il a reçu tout ce qui lui revient dans la faillite : dès lors on ne peut pas dire que la caution, qui de son côté a été inscrite dans la faillite pour 6,000 fr., n'a pas le droit de réclamer aussi elle et de toucher un dividende proportionnel à cette somme. On ne peut pas dire que la caution diminue par son concours le droit du créancier, qu'elle lui préjudicie, puisqu'il est complétement désintéressé vis à vis de la masse (1).

(1) On le voit, M. Bravard ne fait ici que reproduire le raisonnement qu'il présentait en 1836 dans son *Examen comparatif*, raisonnement dont j'ai déjà montré le vice. M. Renouard ne s'y est pas trompé : après avoir indiqué comment M. Bravard prétend réfuter l'objection dirigée contre l'art. 538 de l'ancien Code, il ajoute avec raison (t. II, p. 187) : « Une « partie de l'objection subsiste, en ce que la caution, venant concourir « avec le créancier dans la faillite du débiteur principal, diminuera quel- « que peu le dividende proportionnel afférent à ce créancier. »

Quant à moi, je suis convaincu que, pas plus en matière de faillite qu'en matière civile, la présence de la caution ne peut jamais nuire au créancier; et je suis également convaincu que l'art. 538 de l'ancien Code, tout comme l'art. 544 de la loi nouvelle, laisse ce principe parfaitement intact. En effet, quel est l'objet de l'art. 544? C'est uniquement de déterminer pour quelle somme le créancier qui a reçu un à-compte de la caution peut se présenter à la faillite du débiteur principal. L'article répond : *S'il a reçu l'à-compte avant la faillite, il se présentera pour ce qui lui reste dû, et la caution se présentera pour ce qu'elle a payé; s'il a reçu l'à-compte depuis la faillite, il se présentera pour la valeur nominale de son titre, et la caution ne se présentera pas.* Il en résulte, remarquons-le bien, que, dans tous les cas, la masse de la faillite est traitée de la même manière : que le créancier se présente seul ou qu'il se présente concurremment avec la caution, c'est toujours la valeur nominale du titre primitif qui figure au passif de la faillite. Voilà, je le répète, le but unique de l'art. 544 : il s'agit de nous faire connaître quelle sera, relativement à la masse des créanciers du débiteur failli, l'influence de la créance cautionnée, lorsque la caution a payé un à-compte. L'article ne s'occupe pas du tout des rapports entre le créan-

Mais il ne faut pas le perdre de vue, toutes ces distinctions ne sont applicables que dans les rapports du créancier et de la caution avec la masse. Si donc, après la liquidation de la faillite,

cier et la caution : les principes du droit commun suffisaient à cet égard, et la loi commerciale, qui ne devait pas y déroger, n'avait pas besoin de les rappeler. Appliquons donc les principes du droit commun, et voyons à quel résultat ils nous conduisent. D'abord, si le créancier est venu à la faillite pour la valeur nominale du titre, il gardera définitivement le dividende qu'il obtient, en supposant, bien entendu, que ce dividende joint à l'à-compte déjà reçu ne dépasse pas le montant de la créance; et même, dans le cas où le créancier ne serait pas encore complétement désintéressé, il pourra exiger de la caution ce qui lui reste dû. Si, au contraire, le créancier est venu à la faillite concurremment avec la caution, la caution ne touchera pas intégralement le dividende proportionnel à l'à-compte qu'elle a payé : sur ce dividende afférent à la caution le créancier touchera une part représentant la valeur dont son propre dividende est diminué par le concours de la caution.

Je prends un exemple. Supposons une créance de 12,000 fr. garantie par une caution; avant que le débiteur principal ne fût en faillite, la caution a payé au créancier un à-compte de 10,000 fr. Le passif de la faillite, en y comptant les 12,000 fr. dont nous parlons, monte à 60,000 fr.; il y a 30,000 fr. d'actif : donc chaque créancier, vis à vis de la masse, a droit à 50 p. 100. En conséquence, la masse est tenue d'un dividende de 1,000 fr. envers notre créancier qui a déjà reçu 10,000 fr. sur 12,000 qui lui étaient dus, et d'un dividende de 5,000 fr. envers la caution. Mais la caution touchera-t-elle réellement ces 5,000 fr.? Non. En effet, le créancier garanti par cette caution peut dire : « J'ai droit d'être traité comme si la caution ne figurait pas parmi les créanciers, comme si les 10,000 fr. pour lesquels elle se présente ne figuraient pas au passif de la faillite. Donc, dans mes rapports avec la caution, je dois recevoir de la faillite, non pas seulement 50 p. 100, c'est-à-dire 1,000 fr., mais bien 60 p. 100, c'est-à-dire 1,200 fr. Donc, sur le dividende de 5,000 fr. afférent à la caution, je toucherai 200 fr., et elle touchera le surplus. » C'est ainsi que la collocation hypothécaire d'un créancier qui a déjà reçu quelque chose dans la masse chirographaire n'est pas touchée intégralement par lui. (voy. l'art. 554).

On comprend maintenant pourquoi j'ai repoussé, comme n'étant pas entré dans les prévisions du législateur, l'exemple donné par M. Bravard (ci-dessus, p. 606). M. Bravard supposait que le créancier de 12,000 fr. a reçu de la caution un à-compte de 6,000 fr.; que le débiteur principal est ensuite déclaré en faillite, que son actif se réduit à 6,000 fr., et qu'il ne doit que les 12,000 fr. dont il vient d'être question. Si un pareil cas pouvait jamais se présenter, je n'hésiterais pas à décider, malgré le texte de l'art. 544, que le créancier n'aura point à subir le concours de la caution et qu'il aura un droit exclusif aux 6,000 fr. d'actif. En effet, l'art. 544, je le répète, a pour

il survenait de nouveaux biens au débiteur, comme le principe du dividende ne serait pas applicable, ce débiteur resterait devoir à ses créanciers tout ce qu'ils n'auraient pas touché, et dont

objet de régler la position du créancier et de la caution vis à vis de la masse des créanciers du failli : il ne peut donc recevoir aucune application là où cette masse fait défaut.

Je m'empresse de dire que l'explication qui vient d'être donnée de l'art. 544 ne m'appartient point. Je n'ai fait que résumer les idées de l'un de mes anciens élèves, M. Max Villemain, enlevé tout jeune encore, il y a quelques mois, à la science qu'il cultivait avec tant de succès. Voy. *Revue pratique de droit français*, t. II, p. 391 et suiv.

Une fois admise l'explication qui précède, on ne saurait être embarrassé un seul instant par une difficulté que M. Devilleneuve a soulevée et que M. Alauzet a reproduite (t. IV, n° 1847), en ajoutant que les raisons données par l'honorable continuateur de Sirey lui paraissent sans réplique. Voici comment s'exprime M. Devilleneuve à propos de l'arrêt de la Cour de cassation, du 24 juin 1851, aux termes duquel l'art. 544 s'applique lorsqu'un à-compte a été payé par la caution *avant* la faillite du débiteur principal, mais non pas lorsqu'il a été payé *après* (voy. ci-dessus, p. 604, note) : « La distinction faite par la Cour de cassation ne nous paraît pas fondée ; « et nous croyons que les principes du droit commun s'opposent à ce que « celui qui a reçu un à-compte d'un coobligé ou d'une caution qui n'est pas « en faillite, soit avant, soit depuis la faillite, puisse y produire pour la « valeur intégrale de sa créance. On comprend que, lorsque tous les coobligés ou plusieurs d'entre eux sont en faillite, le créancier puisse agir contre chacun d'eux pour la totalité de sa créance jusqu'à parfait paiement, « parce que les faillis qui le paient intégralement en monnaie de faillite n'ont « aucun recours les uns contre les autres et ne sont exposés en définitive « qu'à payer ce qu'ils doivent. Mais, le coobligé non failli, qui a payé un « à-compte, pouvant avoir un recours contre le co-obligé failli dont il est « la caution, il n'est pas possible d'admettre le créancier qui a reçu cet « à-compte à produire dans la faillite pour la valeur nominale de son titre, « puisque, dans ce cas, le failli serait obligé de payer deux fois, une fois « au créancier, et une autre fois à son co-obligé ou à sa caution, pour le « montant de l'à-compte. C'est ce résultat que l'art. 544 a voulu empêcher. « Et, si ce résultat est injuste quand le paiement est antérieur à la faillite, « on ne voit pas comment il cesserait de l'être quand le paiement est postérieur. » — Évidemment M. Devilleneuve fait trop bon marché du texte de l'art. 544 : la décision que la loi donne exclusivement pour le cas d'un à-compte payé *avant* la faillite ne peut pas être également applicable au cas où l'à-compte est payé *après* la faillite ! Et le motif qui pousse notre auteur à corriger ainsi la loi n'a aucune espèce de valeur : « La caution qui a payé un à-compte, dit M. Devilleneuve, doit toujours avoir un recours contre le débiteur failli. » C'est là une assertion beaucoup trop générale, si par ces

ils ne lui auraient pas fait remise par le concordat; et alors, si, pour ce qui reste dû au créancier cautionné, la caution voulait venir en concours avec lui réclamer ce qu'elle a payé à la décharge du débiteur avant la faillite de celui-ci, le créancier devrait être préféré à la caution : il serait en droit de lui opposer le principe *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* Il lui dirait : « Ne m'empêchez pas de toucher la somme dont vous m'avez garanti le paiement. » C'est qu'alors les rapports du créancier et de la caution avec le débiteur principal seraient régis par les principes du droit commun, sous l'empire duquel la cessation de l'état de faillite les a replacés, et non par les principes particuliers aux faillites (1).

mots *recours contre le débiteur failli*, M. Devilleneuve entend (et telle est bien son idée) *le droit de réclamer un dividende à la masse du débiteur.* En effet, je crois avoir suffisamment démontré que ce droit ne peut jamais appartenir à la caution qui a payé un à-compte après que la faillite du débiteur principal était déjà déclarée, par la raison bien simple que le créancier a un droit acquis à venir pour la totalité de ce qui lui est dû au jour du jugement déclaratif. J'ajoute seulement, pour répondre à une objection de M. Alauzet, que, si depuis la faillite la caution avait payé au créancier, non pas simplement un à-compte, mais la totalité de l'obligation, il n'y aurait plus aucune raison pour empêcher la caution de se présenter à la faillite : la caution devrait alors être considérée comme subrogée dans le droit qui depuis le jugement déclaratif appartenait au créancier.

J'ai toujours supposé une caution qui avait garanti la totalité de la dette du failli. Qu'arriverait-il si la caution n'avait garanti que jusqu'à concurrence de 6,000 fr. la dette de 12,000, et si elle avait payé les 6,000 dont elle s'est chargée? Les a-t-elle payés avant la faillite : alors nous appliquerons sans difficulté le principe de l'art. 544; et même, sur le dividende afférent à la caution, nous ne permettrons pas au créancier d'exercer un prélèvement quelconque. Les a-t-elle payés après la faillite : alors nous déciderons encore de même. En effet, la caution dont il s'agit, d'une part, était déjà créancière (soit pure et simple, soit conditionnelle) du débiteur principal au jour du jugement déclaratif, et, d'autre part, elle n'avait aucunement garanti au créancier le paiement de ce qui lui reste dû. C'est ce que M. Bravard lui-même admet, dans la 6e édition de son *Manuel* (p. 666). Dans l'espèce jugée par la Cour de Paris le 18 janvier 1862 (ci-dessus, p. 605, note), la caution avait payé depuis la faillite *tout ce qu'elle avait garanti* : la Cour ne tient pas compte de cette circonstance, probablement parce qu'en fait la caution ne se présentait pas pour obtenir un dividende.

(1) Comme je l'ai montré, le principe du droit commun, suivant lequel

— Il ne nous reste plus que quelques mots à ajouter sur l'article 543.

Quand le créancier a plusieurs débiteurs solidaires en faillite, l'une des masses, ayant payé un dividende plus fort, aura-t-elle un recours à exercer contre celle qui a payé un dividende plus faible? Si l'on appliquait le principe du paiement partiel, il faudrait répondre affirmativement : voy. l'art. 1214 du Code Napoléon (1). Il en est tout autrement si l'on applique le principe du dividende, parce que chaque masse est débitrice d'un dividende différent, qui lui est propre. C'est sa dette particulière. Donc, en payant, elle ne fait que se libérer de l'obligation dont elle est grevée, et il n'y a pas de recours possible d'une masse contre l'autre. Elles se sont acquittées toutes deux

la caution ne peut pas nuire au créancier, s'applique même au cas où la caution se présente concurremment avec le créancier pour réclamer un dividende dans la faillite du débiteur, en invoquant l'art. 544.

— L'art. 544, aux termes duquel la caution ne peut se présenter à la faillite du débiteur concurremment avec le créancier qu'autant qu'elle a *payé un à-compte* avant le jugement déclaratif, n'est-il pas en contradiction avec l'art. 2032-2° du Code Napoléon, qui permet à la caution d'agir contre le débiteur, *même avant d'avoir payé*, lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture? La jurisprudence a plusieurs fois reconnu qu'il n'y a aucune contradiction entre ces deux articles. La Cour de Colmar, notamment, s'exprime d'une manière très-exacte lorsqu'elle dit, dans son arrêt du 8 juin 1858 : « L'action ouverte à la caution par l'art. 2032 ne « peut consister qu'à se faire admettre au passif de la faillite dans le cas où « le créancier ne s'y présenterait pas, et encore à la condition que les divi- « dendes obtenus seront employés à désintéresser ce créancier » (Dev.-Car., 59, 2, 69).

(1) Ce qui résulte du texte de cet art. 1214, c'est que, si le créancier a été payé *en entier* par l'un des débiteurs solidaires, ce débiteur a un recours à exercer contre les autres. Sans doute il faut ajouter (c'est à ce cas que songeait M. Bravard) que, si le créancier qui a deux débiteurs solidaires a reçu de l'un 75 p. 100 et de l'autre 25 p. 100, en principe le premier pourra exercer un recours contre l'autre, tandis que, si les deux débiteurs étaient en faillite, la faillite de l'un ayant donné 75 p. 100 et la faillite de l'autre 25 p. 100, il n'y aurait lieu à aucun recours. Mais il est parfaitement certain que, même en matière civile, tant que le créancier n'est pas intégralement désintéressé, l'un des deux débiteurs solidaires, eût-il payé 90 p. 100, ne peut exercer contre son co-débiteur aucun recours de manière à nuire au créancier.

de ce qu'elles devaient, l'une en payant 75 p. 100, l'autre en payant 25 p. 100.

Ajoutons, — c'est, à peu près, la même idée sous une autre forme, — que le recours aboutirait à cette conséquence inadmissible, que la même créance figurerait deux fois dans la même faillite. Le dividende de 25 p. 100 a été, comme celui de 75 p. 100, calculé sur le chiffre total de la créance, et si, sous prétexte d'action en recours, on venait réclamer un autre dividende pour cette même créance, il lui en serait alloué deux au lieu d'un ; — ce serait comme si la même créance était payée deux fois, en monnaie de faillite.

Chaque faillite paie sa dette, la paie intégralement, mais avec la monnaie qui lui est propre, et que le créancier est tenu de recevoir, comme équivalant à la monnaie ordinaire, quoiqu'elle perde 25 ou 75 p. 100.

Donc, pas de recours possible d'une masse contre l'autre (1).

Maintenant, supposons que le créancier est complétement désintéressé par les dividendes qu'il a reçus dans la faillite de deux de ses obligés, dividendes de 75 et de 25 p. 100, et supposons qu'il est encore inscrit dans une troisième faillite qui paie 25 p. 100.

Il ne pourra pas toucher ces 25 p. 100, c'est évident.

Que deviendront-ils? Chaque masse doit être considérée, je le répète encore, comme grevée d'un dividende particulier, qui est sa dette propre, et non celle des autres : il s'ensuit que, si le créancier ne peut toucher ce nouveau dividende, parce qu'il est désintéressé, les masses qui l'ont désintéressé ont acquitté pour partie la dette de celle où le dividende en question est disponible. Dès lors, ce dividende disponible doit se répartir entre toutes les masses, en proportion du dividende fourni par chacune d'elles : car chacune d'elles a contribué à le rendre disponible dans cette même proportion (2).

(1) J'ai déjà donné le texte de l'art. 543, ci-dessus, p. 591, note.

(2) Exemple : J'ai trois débiteurs solidaires d'une somme de 12,000 fr.,

C'est ce qu'on appelle la *dévolution* (1). On applique ici, en quelque sorte, les règles du partage (2).

Mais il pourrait se faire, — c'est un cas qui devait être prévu et qui l'a été, — que, parmi les coobligés solidaires tombés en faillite, il s'en trouvât qui eussent les autres pour garants (3). Il faudra tenir compte de cette circonstance, et alors la dévolution s'opérera conformément aux règles de la garantie.

Pour bien faire comprendre ceci, prenons une espèce :

Supposons que les obligés solidaires tombés en faillite sont le tireur d'une lettre de change, deux endosseurs et l'accepteur ; supposons, de plus, qu'il y a un dividende disponible dans la faillite du tireur. Il est clair que ce dividende sera dévolu, non pas à la faillite du premier endosseur, mais bien à la faillite du second, jusqu'à concurrence du dividende que celle-ci a fourni : car le second endosseur a un recours en garantie contre le premier, comme une caution a un recours en garantie contre le débiteur principal. Par la même raison, ce qui resterait du divi-

qui doit se répartir entre eux par égales portions. Tous trois sont déclarés en faillite. Dans la faillite de Primus je touche un dividende de 75 p. 100 (c'est-à-dire 9,000 fr.) et dans celle de Secundus un dividende de 25 p. 100 (c'est-à-dire 3,000 fr.). Après que je suis ainsi désintéressé, la faillite de Tertius donne encore un dividende de 25 p. 100. Suivant M. Bravard, ce dividende disponible devrait être réparti de telle sorte que la masse de Primus en reçût les 3/5, celle de Secundus 1/5 et celle de Tertius 1/5 ; ou, en d'autres termes, la masse de Primus qui donne 9,000 fr. recevrait 1,800 fr. ; celle de Secundus qui donne 3,000 fr. recevrait 600 fr., et enfin la masse de Tertius garderait 600. Mais je vais montrer dans un instant que cette solution est fausse : en effet, il est contraire aux principes et au texte de l'art. 543 de répartir le disponible entre toutes les masses en proportion du dividende fourni par chacune d'elles.

(1) L'art. 543 dit effectivement que l'excédant sera *dévolu*...

(2) Trois personnes viennent à une succession pour parts inégales; on reconnaît que l'une de ces personnes devait 12,000 fr. au *de cujus*. C'est sans doute à un cas de ce genre que M. Bravard a voulu faire allusion.

(3) Non-seulement cela peut se faire, mais cela a toujours lieu. Entre deux personnes obligées solidairement envers moi, l'une est nécessairement tenue à garantir l'autre, soit pour le tout, soit pour partie. L'art. 543 est évidemment rédigé dans cet ordre d'idées, que méconnaissent presque tous les auteurs.

dende disponible dans la faillite du tireur, une fois que la faillite du second endosseur sera rentrée dans son dividende, devrait être dévolu à la faillite du premier endosseur : car le premier endosseur a un recours en garantie contre le tireur. C'est pourquoi, dans l'art. 543, qui confirme tout ce que je viens d'avancer, on a dit : « Cet excédant sera dévolu, suivant « l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient « les autres pour garants. »

Cette expression : *suivant l'ordre des engagements*, est exacte dans l'espèce que je viens d'indiquer : car on suit bien l'ordre des engagements, ou, pour mieux dire, des endossements : les derniers endosseurs, les subséquents, ont un recours contre les précédents.

Mais elle manquerait d'exactitude, si, indépendamment du tireur et des endosseurs, l'accepteur était en faillite, et que sa faillite vînt réclamer une part du dividende disponible dans la faillite du tireur. En effet, l'accepteur n'a jamais de recours contre les endosseurs. Dès lors, se fût-il engagé après tous les autres, son engagement fût-il le dernier en date, sa faillite n'en devrait pas moins céder le pas à la faillite des endosseurs, et ne venir qu'après elle prendre part aux dividendes disponibles (1).

Ces expressions : *suivant l'ordre des engagements*, sont encore bien plus manifestement inexactes, s'il s'agissait d'associés. En

(1) Et même, bien entendu, elle ne pourrait y venir qu'en prouvant qu'il n'avait pas *provision* à l'échéance.

Quid s'il s'agissait d'un *tireur pour compte?* L'excédant disponible devrait-il encore être attribué à l'accepteur plutôt qu'à ce tireur? En aucune façon : ici la garantie est due par l'accepteur au tireur, non par le tireur à l'accepteur. Voy. l'art. 115, modifié par la loi du 19 mars 1817. M. Bédarride enseigne effectivement (t. II, n° 873) que la masse du tireur pour compte a droit, avant celle de l'accepteur, à l'excédant disponible.

Du reste, même le tireur ordinaire passerait avant l'accepteur, si celui-ci, comme l'acceptation le fait présumer, avait provision à l'échéance. Ainsi, la faillite du tireur donne 50 p. 100, la faillite de l'accepteur donne 60 p. 100 : les 10 p. 100 qui se trouvent disponibles après que le porteur est désintéressé profiteront à la masse du tireur.

effet, les associés sont tous obligés par une seule et même signature, celle du gérant; obligés à un seul moment, obligés simultanément (1).

(1) Je suppose trois associés en nom collectif; une dette sociale de 12,000 fr., dont ils sont tenus solidairement, aux termes de l'art. 22. Leurs parts dans la société étaient égales, et par conséquent chacun d'eux devait supporter en définitive un tiers (4,000 fr.) dans la dette solidaire. Tous les trois sont déclarés en faillite; la faillite de Primus donne un dividende de 75 p. 100, celles de Secundus et de Tertius donnent chacune un dividende de 25 p. 100 : ainsi, après que le créancier des 12,000 fr. a été désintéressé, il reste encore un disponible de 25 p. 100 (3,000 fr.). Que feronsnous de ce disponible? Suivant M. Bravard, nous le partagerons de manière à donner 3/5 (1,800 fr.) à la masse de Primus, 1/5 (600 fr.) à la masse de Secundus, 1/5 (600 fr.) à la masse de Tertius (ci-dessus, p. 616). J'ai dit que ce résultat est absolument inadmissible. En effet, M. Bravard part de l'idée qu'en général des co-débiteurs solidaires ne se doivent entre eux aucune garantie, et il en conclut que le disponible doit se répartir entre les masses tout simplement au prorata du chiffre du dividende fourni par chacune. Mais évidemment c'est sous l'empire d'une étrange distraction que notre savant maître a pu dire que les co-débiteurs solidaires ne sont point garants les uns envers les autres : il est élémentaire que, quand trois personnes s'obligent solidairement, chacune peut bien être tenue de payer la totalité au créancier, mais les deux autres lui garantissent qu'elle n'aura en définitive qu'un tiers à supporter dans la dette. Comme le disent MM. Aubry et Rau (t. III, § 298, note 48), « on est forcé de reconnaître « que, dans leurs rapports réciproques, les co-débiteurs ne sont que cau« tions les uns des autres pour tout ce qui excède la part de chacun dans « la dette. » Aussi est-il généralement admis que le débiteur solidaire, poursuivi pour la totalité par le créancier, peut invoquer l'art. 175 du Code de procédure et demander un délai à l'effet d'appeler en garantie ses co-débiteurs, de telle sorte que le même jugement qui le condamnera à payer la totalité au créancier condamnera ses co-débiteurs à lui rembourser ce qu'il aura ainsi payé au-delà de sa part.

Ainsi, dans notre espèce, Secundus et Tertius avaient garanti à Primus qu'il n'aurait pas à supporter dans la dette plus de 4,000 fr. : comme la faillite de Primus a fourni 9,000 fr., la masse de Secundus et celle de Tertius sont tenues à la garantie envers elle. Par conséquent, les 3,000 fr. disponibles doivent être attribués exclusivement à la masse de Primus. Secundus et Tertius devaient contribuer au paiement de la dette solidaire chacun pour 4,000 fr.; leurs masses à l'un et à l'autre ne fournissent que 3,000 : comment admettre raisonnablement qu'elles vont néanmoins prendre part au disponible? — M. Renouard donne la véritable formule en cette matière lorsqu'il dit (t. II, p. 184) : « L'excédant se partage dans la proportion suivant la« quelle chacun des débiteurs a, AU-DELA DE SA PART VIRILE, contribué

On aurait donc bien fait de retrancher ces expressions : *suivant l'ordre des engagements*, et de se borner à dire : « L'excédant sera dévolu aux faillites des obligés qui auraient les autres pour *garants*. »

« au paiement de la dette. » En effet, pour que la masse d'un débiteur puisse participer à l'excédant, il faut avant tout que cette masse ait fourni plus que la part qui incombait en définitive au débiteur dans le paiement de la dette. Seulement, ce qui est étrange, c'est que M. Renouard donne cette formule pour le cas où il s'agit de *co-obligés non garantis les uns envers les autres*. La formule n'est exacte que parce que les différents débiteurs se sont réciproquement garanti qu'aucun d'eux ne paierait en définitive plus que sa part. Cette erreur de rédaction, échappée à M. Renouard, est probablement la cause de la singulière contradiction dans laquelle est tombé M. Alauzet (t. IV, n° 1843) : après avoir reproduit la formule de M. Renouard, il arrive à donner la solution de M. Bravard, c'est-à-dire qu'il accorde une part dans l'excédant à ceux-là même qui n'ont pas fourni leur part contributoire dans la dette ! — On peut reprocher à M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*) une contradiction tout aussi extraordinaire. Il dit, au n° 1015 : « Pierre et Paul, débiteurs de 100,000 fr., tombent l'un et l'autre « en faillite ; l'un donne 75 p. 100, l'autre 50 p. 100. Le créancier, qui a « touché 75,000 fr. dans la faillite de Pierre, ne peut prendre dans celle de « Paul que les 25,000 fr. nécessaires pour compléter son parfait paiement ; « les autres 25,000 fr., formant le surplus du dividende promis par Paul, « appartiendront à Pierre. » Après cette décision, parfaitement juste, je ne comprends pas que M. Dalloz ajoute, n° 1017 : « Lorsqu'il existe plusieurs « débiteurs principaux, qui ne sont pas garants les uns envers les autres, « quoiqu'ils soient obligés solidairement envers le créancier, et qu'il y a « excédant de dividendes pour désintéresser le créancier, cet excédant se « partage proportionnellement à la somme pour laquelle chacun aura con- « tribué à désintéresser le créancier. C'est l'application de l'art. 1214 du « Code civil. »

Le texte même de l'art. 543 suppose que, là où il y a des co-obligés solidaires, il existe nécessairement entre eux une obligation de garantie. Seulement, l'obligation de garantie peut être plus ou moins étendue, elle ne produit pas toujours le même effet. A cet égard, trois hypothèses sont possibles, savoir : 1° Primus payant la totalité de la dette pourrait recourir pour la totalité de la dette contre Secundus, parce qu'il n'est vis à vis de lui qu'une caution ; 2° Primus, payant la totalité de la dette, n'aurait aucun recours contre Secundus, parce que Secundus n'est vis à vis de lui qu'une caution ; 3° enfin Primus, payant la totalité de la dette, recourrait contre Secundus pour la moitié, parce qu'ils s'étaient respectivement garanti l'un à l'autre qu'aucun d'eux n'aurait à supporter en définitive plus que sa part virile. Pour appliquer sainement l'art. 543 *in fine*, la première chose à faire est de rechercher dans laquelle de ces trois hypothèses on se trouve.

§ VI. DE LA RÉALISATION DE L'ACTIF.

Comme nous l'avons déjà dit (1), pour la réalisation des meubles, les syndics ont la plus grande latitude. Dès que la faillite est entrée dans la période de l'union, ils n'ont plus besoin d'appeler le failli (2), d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire; ils peuvent vendre librement, en gros ou en détail, aux enchères ou à l'amiable, comme bon leur semble (3).

Mais pour la vente des immeubles la loi est plus exigeante. La vente est subordonnée à l'autorisation préalable du juge-commissaire (4). On pourrait s'en étonner : car, ici, la réalisation est nécessaire, forcée ; il est indispensable de transformer la masse en une valeur susceptible de se répartir entre tous les créanciers et proportionnellement aux droits de chacun, c'est-à-dire en numéraire. Cette transformation est indispensable, aussi bien pour les immeubles que pour les meubles. Dès lors, pourquoi exiger l'autorisation du juge-commissaire ? C'est le moyen de rendre sa surveillance plus efficace : car on ne pourra pas vendre sans l'avertir, sans lui rendre compte des circonstances dans lesquelles se fait la vente; et, s'il trouvait que les

(1) Voy., ci-dessus, p. 511.

(2) Même pour la vente des immeubles, il n'y a plus besoin d'appeler le failli. Cela résulte de l'art. 534, qui est ainsi conçu : « Les syndics sont « chargés de poursuivre la vente des immeubles, marchandises et effets « mobiliers du failli, et la liquidation de ses dettes actives et passives; le « tout sous la surveillance du juge-commissaire et sans qu'il soit besoin « d'appeler le failli. »

(3) Comp. l'art. 486, et, ci-dessus, p. 335 et suiv.

(4) ART. 572 : « S'il n'y a pas de poursuite en expropriation des im- « meubles commencée avant l'époque de l'union, les syndics seuls seront « admis à poursuivre la vente; ils seront tenus d'y procéder dans la hui- « taine, sous l'autorisation du juge-commissaire... » Les premiers mots de cet art. 572, ainsi que l'article précédent, ont déjà été expliqués ci-dessus, p. 131 et suiv.

circonstances ne sont pas opportunes, il pourrait exiger un ajournement, et, par suite, il refuserait provisoirement son autorisation.

Dans quelle forme se fera la vente des immeubles? Dans la forme prescrite pour la vente des biens des mineurs (1).

(1) C'est la disposition expresse de l'art. 572 *in fine*.

La marche à suivre pour la vente des biens de mineurs est réglée par les art. 953-965 du Code de procédure (Loi du 2 juin 1841, art. 3). Le rédacteur de ces articles n'ayant eu en vue que la vente des immeubles appartenant à un mineur, il s'ensuit qu'ils ne devront être appliqués à la vente des immeubles d'un failli qu'avec certains changements commandés par la nature des choses. Ainsi, aux termes de l'art. 953 du Code de procédure, la vente des immeubles appartenant à des mineurs ne pourra être ordonnée que d'après un avis de parents, énonçant la nature des biens et leur valeur approximative; quand il s'agira de la vente des immeubles d'un failli, *l'avis de parents* sera remplacé par l'autorisation du juge-commissaire. De même, aux termes de l'art. 958, après le dépôt du cahier des charges, il sera rédigé et imprimé des placards, qui doivent contenir notamment les noms, professions et domiciles du mineur, de son tuteur et de son subrogé-tuteur; quand il s'agira de la vente des immeubles d'un failli, ce sont les noms, professions et domiciles du failli et des syndics qui figureront dans les placards.

D'après l'art. 954 du Code de procédure, le tribunal doit déclarer par son jugement que la vente aura lieu, soit devant l'un des juges, à l'audience des criées, soit devant un notaire à cet effet commis. Cet article, quand il s'agit de la vente des immeubles d'un failli, peut donner lieu à plusieurs questions :

1° Le tribunal compétent, est-ce le tribunal civil ou le tribunal de commerce? Cette première question a été résolue par un avis du Conseil d'Etat, du 9 décembre 1810, qui aujourd'hui encore doit être considéré comme ayant force de loi. En voici le texte : « Le Conseil d'Etat, vu l'art. 564 « (aujourd'hui 572) du Code de commerce....; Vu pareillement les art. 683, « 701, 955, 964 et 965 du Code de procédure, qui prescrivent les formalités « à remplir pour la vente des biens des mineurs; — Attendu que les tri- « bunaux de commerce ne sont que des tribunaux d'exception; qu'ils ne « peuvent connaître que des matières dont les tribunaux ordinaires sont « dessaisis par une loi expresse; que l'art. 528 (aujourd'hui 534) du Code « de commerce, portant que les syndics poursuivront, en vertu du contrat « d'union et sans autres titres authentiques, la vente des immeubles du « failli..., ne change rien aux dispositions de l'art. 564 du même Code; « qu'il en résulte seulement que les syndics ne peuvent requérir le tribu- « nal civil de faire procéder à la vente de l'immeuble qu'avec l'autorisa- « tion du commissaire...; — Attendu, en outre, que la vente des immeu-

Que s'est-on proposé en cela? On s'est proposé de sauvegarder l'intérêt des créanciers et du failli, en empêchant que les immeubles ne soient vendus à vil prix. C'est là le motif qui a fait

« bles entraîne souvent avec elle des questions de propriété, de servitude « et d'hypothèque, dont les tribunaux de commerce ne peuvent connaître : « — Est d'avis que les tribunaux civils sont seuls compétents, à l'exclusion « des tribunaux de commerce, pour connaître de la vente des immeubles « des faillis, et de l'ordre et de la distribution du prix provenant de la « vente. » — Du reste, le nouvel art. 573 du Code de commerce dit positivement que la surenchère sera faite au greffe du *tribunal civil*.

2° Nous savons que le tribunal compétent *ratione materiæ*, c'est le tribunal civil. Mais quel est le tribunal compétent *ratione personæ?* Lorsqu'un créancier hypothécaire poursuit l'expropriation de l'immeuble du failli, j'admets bien qu'il doit la poursuivre devant le tribunal de la situation. Lors au contraire que la vente des immeubles du failli est poursuivie par les syndics, ces immeubles fussent-ils situés dans différents arrondissements, c'est toujours au tribunal du lieu où la faillite a été déclarée, que les syndics doivent s'adresser. Je le décide ainsi sans difficulté, par analogie de ce que la loi a réglé en ce qui concerne la vente des biens de mineurs (voy. le 2e alinéa de l'art. 954 du Code de procédure).

3° On s'est demandé si le tribunal a un pouvoir discrétionnaire absolu pour déclarer que la vente aura lieu devant un de ses membres, à l'audience des criées, ou bien au contraire qu'elle aura lieu devant un notaire. Si toutes les parties intéressées étaient d'accord pour réclamer l'emploi d'un de ces modes, le tribunal pourrait-il encore décider que c'est l'autre mode qui sera suivi? Il paraît y avoir à cet égard quelques divergences dans la pratique. Je crois que la loi a voulu laisser au tribunal une indépendance entière; il devrait seulement motiver sa décision. Du reste, cette manière de voir n'est point en contradiction avec l'arrêt de la Cour de Grenoble, du 10 février 1859, dont voici les *considérants* : « Attendu que le syndic de « l'union des créanciers de la faillite S., autorisé par l'ordonnance du juge-« commissaire à poursuivre la vente de deux articles d'immeubles dépen-« dant de cette faillite, avait demandé au tribunal de Valence que cette « vente eût lieu devant un notaire de la localité où ces immeubles sont « situés; — Attendu que le tribunal, pensant qu'il y avait avantage pour « les intéressés à ce que la vente fût faite devant lui, l'a ainsi ordonné; « mais que, sur l'appel de sa décision, ayant été établi devant la Cour que « c'était conformément au vœu exprimé par le juge-commissaire et par « tous les créanciers du failli que le syndic avait conclu à ce que les im-« meubles, qui sont d'une minime importance, fussent vendus sur place, « parce que les enchérisseurs seraient plus nombreux, c'est le cas de recon-« naître que le tribunal s'est trompé sur le véritable intérêt des créanciers « et du failli, et de réformer quant à ce le jugement dont est appel... » (Dev.-Car., 60, 2, 417). La Cour ne reproche pas au tribunal d'avoir violé

exiger des formes particulières et des conditions spéciales pour les ventes judiciaires, les ventes sur saisie, etc.

Mais ce danger, auquel on a voulu surtout soustraire les

la loi; elle lui reproche seulement d'avoir rendu une décision mauvaise en fait, comme méconnaissant le véritable intérêt des parties.

— En cas d'aliénation volontaire d'un immeuble hypothéqué, les fruits sont immobilisés au profit des créanciers hypothécaires à partir de la sommation de payer ou de délaisser adressée au tiers acquéreur (C. Nap., art. 2176), ou, si le tiers acquéreur prend les devants, à partir de ses notifications à fin de purge. En cas de saisie pratiquée sur le débiteur, les fruits de l'immeuble sont immobilisés à compter de la transcription de la saisie (C. de proc., art. 682 et 685). Maintenant, à partir du moment où le tiers-acquéreur n'a plus à craindre de surenchère (C. Nap., art. 2185 et 2186), à partir du moment où l'adjudicataire sur saisie est mis en possession, les intérêts qui courent contre ce tiers-acquéreur ou contre cet adjudicataire sont immobilisés au lieu et place des fruits, c'est-à-dire qu'ils devront être ajoutés au prix sur lequel seront colloqués les créanciers hypothécaires. Cela posé, on se demande si, lorsque l'immeuble d'un failli est vendu conformément à notre art. 572, les intérêts du prix dû par l'adjudicataire ne doivent pas être immobilisés dès qu'ils commencent à courir. Le tribunal d'Arras avait admis l'affirmative, par le motif que, les syndics représentant la masse hypothécaire comme la masse chirographaire, la vente faite par eux est présumée faite dans l'intérêt le plus immédiat; qu'elle a été la réalisation du gage des créanciers hypothécaires, dont le droit s'est trouvé dès lors transporté sur le prix : les intérêts ont donc été immobilisés au profit des créanciers inscrits, comme si la vente avait été faite sur leurs poursuites, — d'autant mieux que, si le prix avait été distribué immédiatement, ils auraient profité des intérêts. Mais cette décision a été infirmée par un arrêt de la Cour de Douai, du 25 janvier 1862 : « Le législateur, dit la Cour, a « pris soin de déterminer les cas exceptionnels dans lesquels les fruits ou « les intérêts seraient immobilisés et devraient, comme le prix principal, « être distribués aux créanciers hypothécaires...; mais aucune disposition « de loi ne consacre une délégation implicite ou explicite, au profit des « créanciers hypothécaires, des fruits échus ou des intérêts courus avant « la notification à fin de purge. Le législateur a, au contraire, distingué le « prix principal et les intérêts; c'est ce qui résulte de la combinaison « des art. 2185 du Code Napoléon, 708 du Code de procédure et 573 du « Code de commerce : en effet, le prix principal doit seul servir de base « à la surenchère, parce qu'il est seul la garantie des créanciers hypothé- « caires... » Un pourvoi a bien été dirigé contre cet arrêt; mais la Cour de cassation a évité de se prononcer sur la question qui nous occupe. (Dev.-Car., 63, 1, 65). Dans le sens de la décision de la Cour de Douai, on peut encore faire remarquer, avec l'arrêtiste, que l'art. 964 du Code de procédure, qui déclare applicables aux ventes de biens de mineurs (ou de faillis)

créanciers, ne peut-il donc pas exister pour eux au cas où il s'agirait d'une vente purement volontaire? Le propriétaire d'un immeuble, lors même qu'il serait obéré, que ses biens seraient grevés d'hypothèques, n'en a pas moins le droit de disposer de sa chose; et n'y a-t-il pas lieu de craindre qu'il vende ses immeubles à un prix inférieur à leur valeur réelle? — Oui. Aussi la loi a-t-elle pris certaines précautions pour protéger les créanciers contre les ventes même purement volontaires que peut faire le débiteur. Seulement, ces précautions, en principe, on ne les a employées que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles. Les créanciers dont il s'agit ont le droit, dans les quarante jours à partir de la notification qui leur a été faite de la vente, de former une surenchère du dixième, c'est-à-dire de requérir la mise aux enchères de l'immeuble, en s'engageant à faire porter le prix de la nouvelle vente à un taux supérieur du dixième à celui de la première vente (1). Mais, lorsque le prix de l'immeuble est suffisant pour désintéresser les créanciers hypothécaires, quand même cet immeuble serait vendu à très-vil prix, quand même le débiteur serait insolvable, personne n'a le droit de surenchérir (2).

Il y a là quelque chose de défectueux; et, en matière de faillite, on a eu soin d'y obvier. L'art. 573 admet à surenchérir, non-seulement les créanciers hypothécaires ou privilégiés, mais encore tous les créanciers quelle que soit leur qualité, et même toute personne, créancière ou non. En effet, les créanciers, qui ont déjà perdu une partie de leur fortune dans la faillite, pour-

un grand nombre d'articles du Titre *De la saisie immobilière*, ne comprend pas dans son énumération les art. 682 et 685.

(1) Voy. les art. 2183 et suiv. du Code Napoléon, et, au Code de procédure, le Titre *De la surenchère sur aliénation volontaire*, en remarquant que les art. 834 et 835 ont été abrogés par la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription*, et que l'art. 838 a été modifié par la loi du 21 mai 1858.

(2) Les créanciers chirographaires pourraient seulement faire annuler la vente, en prouvant qu'elle a été faite en fraude de leurs droits (Code Nap., art. 1167).

raient manquer des fonds nécessaires pour surenchérir, et alors, pour plus de garantie, on a généralisé ce droit, en l'étendant à ceux mêmes qui ne sont pas créanciers. A cet égard, donc, la protection est bien plus grande, bien plus efficace pour les créanciers en matière de faillite qu'en matière de vente volontaire. Mais, pour être recevable, il faudra que la surenchère soit formée dans la quinzaine à partir de l'adjudication, et qu'elle soit au moins du dixième du prix principal de l'adjudication (1).

Ce n'est pas tout : le nouvel art. 573 a voulu que toute personne fût admise à concourir à l'adjudication par suite de la surenchère, tandis que, sous l'empire de l'ancien texte du Code, la seconde adjudication se passait entre l'adjudicataire et les créanciers surenchérisseurs (2).

(1) En cas de vente de biens de mineurs, toute personne peut également surenchérir; mais les conditions de cette surenchère sont plus sévères : aux termes de l'art. 965 du Code de procédure, « dans les huit « jours qui suivront l'adjudication, toute personne pourra faire une sur- « enchère du sixième, en se conformant aux formalités et délais réglés « par les art. 708, 709 et 710 ci-dessus. » De même en cas d'adjudication sur licitation (C. de proc., art. 973 *in fine*). — Dans ces deux cas de surenchère, la loi renvoie aux art. 708, 709 et 710 du Code de procédure. Au contraire, dans notre art. 573 il est dit que la surenchère sera faite, au greffe du tribunal civil, suivant les formes prescrites par les art. 710 et 711 du Code de procédure civile. Au fond, la loi entend toujours renvoyer aux mêmes dispositions : les dispositions qui, lors de la révision du Livre *Des faillites*, étaient contenues dans les art. 710, 711 et 712 du Code de procédure, ont été modifiées par la loi du 2 juin 1841 et mises sous les nos 708, 709 et 710, sans qu'on ait songé à rectifier en conséquence notre art. 573. Le nouvel art. 708 du Code de procédure, comme l'ancien art. 710, porte que la surenchère doit être faite *dans les huit jours* qui suivent l'adjudication; il est presque inutile de faire remarquer que ce délai, pas plus que le chiffre de la surenchère fixé par le même article, n'est applicable quand il s'agit de la vente des immeubles d'un failli : les articles du Code de procédure auxquels renvoie la loi commerciale doivent servir à régler seulement les points qui ne sont point expressément réglés par la loi commerciale elle-même.

(2) L'art. 565 du Code de 1808 se bornait à dire : « Pendant huitaine « après l'adjudication, tout créancier aura droit de surenchérir; la sur- « enchère ne pourra être au-dessous du dixième du prix principal de

Mais il ne fallait pas dépasser le but, sous peine de le manquer. Si après cette seconde adjudication on avait admis une nouvelle surenchère, on aurait découragé les acheteurs et couru risque de diminuer les chances d'obtenir des immeubles un prix en rapport avec leur véritable valeur. C'est pourquoi l'art. 573 dispose que l'adjudication par suite de surenchère est définitive, et ne peut être suivie d'aucune autre surenchère (1).

« l'adjudication. » Mais l'ancien art. 712 du Code de procédure décidait expressément que l'adjudicataire et le surenchérisseur pouvaient seuls être admis à la nouvelle adjudication.

(1) Même disposition dans les art. 710 *in fine*, 965 *in fine*, 973 *in fine* et 838 du Code de procédure.

— On s'est demandé si notre art. 573, en autorisant toute personne à surenchérir d'un dixième dans les quinze jours à dater de la vente, avait supprimé la faculté accordée aux créanciers inscrits, par les art. 2183 et suiv. du Code Napoléon, de pouvoir surenchérir d'un dixième dans les quarante jours à dater des notifications à eux faites à fin de purge par le tiers-acquéreur. La Cour de cassation, par son arrêt du 19 mars 1851, avait d'abord admis l'affirmative : « Les dispositions réglementaires de « toute faillite, disait la Cour, ne permettent pas d'admettre qu'un créan- « cier hypothécaire, par la seule raison que la vente ne lui a pas été per- « sonnellement notifiée, l'a ignorée, qu'il n'a pu surenchérir, et que cette « vente a pu s'opérer en l'absence de toute contradiction de sa part et lui « causer un préjudice... » (Dev.-Car., 51, 1, 270). Dans un arrêt postérieur, du 9 novembre 1858, la Cour de cassation, sans abandonner précisément cette manière de voir, admet du moins que l'adjudicataire peut avoir un intérêt sérieux à remplir les formalités de la purge et qu'ainsi les frais des notifications ne doivent pas nécessairement rester à sa charge (Dev.-Car., 59, 1, 49). Quant à moi, je ne puis admettre que les hypothèques inscrites soient purgées par cela seul que l'immeuble a été vendu conformément à l'art. 572 du Code de commerce, de telle sorte que les créanciers inscrits auraient perdu tout droit de surenchère dès que quinzaine serait écoulée depuis la vente : c'est seulement l'adjudication sur saisie qui a la puissance de nettoyer ainsi l'immeuble des hypothèques inscrites, mais non la vente *volontaire-judiciaire*. Cette doctrine a été récemment consacrée par un arrêt de la Cour de Douai (4 août 1859), dont je ne puis mieux faire que de reproduire ici les *considérants* : « La con- « naissance de la faillite et de la vente qui a suivi ne peut être présumée « à l'égard du créancier hypothécaire, qui peut n'être pas le créancier « personnel du failli : pour le mettre en demeure de surenchérir, il faut « qu'il ait été touché de la signification exigée par l'art. 2183 du Code « Napoléon : on ne peut suppléer par une prétendue notoriété à l'interpel- « lation directe que prescrit la loi et à la connaissance positive qui doit lui

§ VII. DE LA RÉPARTITION ENTRE LES CRÉANCIERS (CH. D.).

Cette matière de la *répartition* ne peut guère donner lieu à difficulté. Aussi M. Bravard, à son cours, n'en faisait-il pas l'objet d'un examen détaillé.

Au fond, le législateur de 1838 n'a fait ici que reproduire les dispositions que contenait le Code de 1808. Il a seulement ajouté deux articles (567 et 568), destinés à garantir les intérêts des créanciers domiciliés hors de France, ou des créanciers sur l'admission desquels il n'a pas encore été statué définitivement lors de la répartition.

— On peut se demander avant tout quelles sommes seront ré-

« être donnée du prix de la vente et des charges en faisant partie. Si « l'art. 573 du Code de commerce limite à quinzaine la liberté de surenché- « rir ouverte à tous en cas de vente après faillite, il n'en laisse pas moins « subsister la faculté spéciale de surenchérir appartenant aux seuls hypo- « thécaires et qui peut s'exercer dans les quarante jours après la signification « qui leur est faite... » L'ancien art. 775 du Code de procédure montrait déjà que l'acquéreur doit purger toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'une *aliénation par expropriation*. La loi du 21 mai 1858 est venue fournir un argument de plus en faveur de cette doctrine. En effet, comme le dit le tribunal d'Arras, statuant sur la même affaire qui a donné lieu à l'arrêt que je viens de citer, « Les termes de la loi du 21 mai 1858, termes « itérativement reproduits aux art. 772 et 777, sont clairs et positifs : il en « résulte nettement que, excepté le cas d'aliénation par suite d'expro- « priation forcée, l'ordre ne peut être ouvert et la consignation (sans « offres réelles préalables) opérée que postérieurement aux formalités de « la purge, que les travaux préparatoires de la loi indiquent avoir été « considérées comme le précurseur nécessaire de l'ordre et de la consi- « gnation. En présence de dispositions si concordantes et si impératives, « il devient d'autant plus inutile de rechercher les analogies qui peuvent « exister entre l'aliénation par suite d'expropriation forcée et la vente « des biens du failli à la requête des syndics : d'abord la similitude de « certaines conséquences de ces deux modes d'adjudication ne saurait « conduire à leur identité; ensuite la loi de 1858 est venue précisément « trancher les anciennes dissidences existant sur cette question, soit en « doctrine, soit en jurisprudence... » (Dev.-Car., 60, 2, 299).

parties, réparties au marc le franc, entre les créanciers. L'article 565 parle du *montant de l'actif mobilier*. Nous savons déjà que, si par extraordinaire une partie du prix provenant de la vente des immeubles n'était pas prise par des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles, cette partie devrait être jointe au montant de l'actif mobilier pour être traitée de la même manière (1). Ceci, du reste, est évidemment sans préjudice du principe, que les créanciers ayant privilége sur certains meubles ne peuvent jamais exercer de droit de préférence que sur les sommes provenant des objets qui leur étaient affectés.

Pour que l'actif dont il vient d'être parlé puisse être réparti au marc le franc entre les créanciers, il faut d'abord qu'on ait acquitté trois sortes de charges qu'énumère l'article 565, et sur lesquelles nous allons nous arrêter un instant. Ce sont :

1° *Les frais et dépenses de l'administration de la faillite*. Ces expressions comprennent d'abord le salaire des syndics, les frais des procès que les syndics seraient appelés à soutenir dans l'intérêt de la masse. Elles comprennent également tous les frais que peut entraîner l'exploitation de l'actif, lorsque les syndics, conformément à l'art. 532, ont reçu mandat de continuer cette exploitation (2). Il faut aller plus loin, et mettre sur la même ligne que *les frais et dépenses de l'administration* tout ce qui constitue une dette de la masse plutôt qu'une dette du failli : quiconque est créancier de la masse doit pouvoir se faire payer sur l'actif qui appartient à cette masse avant que les différents créanciers qui la composent n'aient droit de se le distribuer. La loi n'a fait qu'appliquer cette idée générale au cas qui se présente le plus communément dans toutes les faillites lorsqu'elle a dit que du montant de l'actif on commencerait par distraire *les frais et dépenses de l'administration* (3).

(1) Voy., ci-dessus, p. 551, note.

(2) Voy., ci-dessus, p. 497 et suiv.

(3) Cette doctrine a été consacrée par la Cour de cassation, dans l'espèce suivante : Le sieur D., imprimeur, et le sieur V., libraire, s'étaient obligés solidairement envers M. B. à publier un ouvrage de celui-ci; le

2° *Les secours qui auraient été accordés au failli ou à sa famille.* Ici encore il s'agit d'une dette de la masse ; lorsque, conformément à l'art. 530, un secours de 50 francs par mois, je suppose, aura été accordé au failli ou à sa famille, il serait absurde que le bénéficiaire du secours ne pût obtenir qu'un dividende calculé eu égard à une créance de 50 francs.

3° *Les sommes dues aux créanciers privilégiés.* En principe, j'ai déjà eu occasion de le dire, le créancier privilégié ne peut réclamer par préférence aux autres créanciers que le prix provenant de l'objet sur lequel il avait privilége ; et, si ce prix est inférieur au montant de sa créance, pour le surplus il viendra au marc le franc comme les simples chirographaires. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un *créancier gagiste* (voy. l'art. 547), et j'ap-

23 juillet 1853, une sentence arbitrale avait condamné V. à rembourser à D. 15,801 fr., montant des impressions déjà faites, et à le garantir pour l'avenir vis à vis de B. Le 19 avril 1854, jugement qui déclare V. en faillite ; et, le 26 janvier 1855, arrêt de la Cour de Paris qui condamne D. et la faillite V. à continuer l'impression de l'ouvrage. D., ayant en effet terminé cette impression, reconnaissait n'avoir droit qu'à un dividende pour la somme représentant les frais d'impression dus avant la faillite, mais prétendait venir par préférence aux créanciers du failli pour les impressions faites depuis la faillite. Cette prétention, repoussée par le tribunal de commerce, fut admise par la Cour impériale ; et le pourvoi formé contre l'arrêt fut rejeté par la Chambre des requêtes, le 4 janvier 1858 : « Attendu « qu'il résulte des constatations de l'arrêt que la créance de D. a pour « cause des impressions mises à la charge de la faillite par l'arrêt du « 26 janvier 1855, exécutées en vertu de cet arrêt postérieurement à la « faillite et pour le compte de celle-ci ; — Attendu qu'il est incontestable « que, si la masse de la faillite V., dans l'instance soumise à la Cour de « Paris en 1855, eût déclaré ne vouloir pas donner suite à l'entreprise commencée, l'obligation de faire résultant du traité passé entre V. et « B. se serait résolue en dommages-intérêts, pour le recouvrement des- « quels l'auteur n'aurait eu qu'une créance ordinaire, venant au marc le « franc, comme tous les créanciers non privilégiés ; — Mais attendu qu'il « n'en a pas été ainsi d'après les constatations de l'arrêt ; que la faillite, « d'une part, a été condamnée avec D., qui, vis à vis d'elle, était délié de « l'obligation de continuer l'impression ; et que, d'autre part, ce n'est « pas l'auteur qui réclame des dommages-intérêts à raison de l'inexécution « du traité, mais D. qui réclame le paiement des frais de l'impression « qu'il a exécutée pour le compte et en l'acquit de la masse... » (Dev.-Car., 58, 1, 213).

plique cette dénomination à tout créancier de qui le privilége est accompagné d'un *droit de rétention*, ou d'un créancier ayant privilége sur certains meubles (voy. l'art. 551), les syndics peuvent toujours, avec l'autorisation du juge-commissaire, quand ils estiment qu'il y a intérêt pour la masse à ne pas laisser le créancier procéder lui-même à la vente de l'objet, prendre sur l'actif de la faillite somme suffisante pour désintéresser le créancier et pour pouvoir ainsi entrer ou rester en possession de cet objet. Ici ce n'est pas directement par l'effet de son privilége que le créancier touche le montant de sa créance, et je suis disposé à voir dans la dépense faite par application de l'art. 547 ou de l'art. 551 une dépense qui se rattache à l'*administration de la faillite* (1).

Voilà donc trois sortes de charges dont le montant doit tout d'abord être distrait de l'actif de la faillite. C'est l'actif net, l'actif qui subsiste après que ces charges ont disparu, qui va être réparti au marc le franc entre les différents créanciers du failli. Nous savons déjà que ce ne sont pas seulement les créanciers chirographaires, mais même les créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles, qui peuvent ainsi participer aux répartitions. Ces créanciers hypothécaires ou privilégiés y participent, soit d'une manière *définitive*, lorsque, les immeubles étant déjà vendus, ils n'ont pas été colloqués utilement sur le prix, soit d'une manière *provisoire*, lorsque, ce qui arrive presque toujours, une distribution de l'actif mobilier précède la distribution du prix des immeubles (2). Mais ce qui ressort positivement de l'art. 565, c'est que, dans aucun cas, un créancier ne peut venir ainsi au marc le franc sur l'actif mobilier qu'en vertu d'une créance *vérifiée et affirmée* : nouvelle preuve que, dans la pensée de la loi, la vérification et l'affirmation, prescrites par les art. 491 et suiv., concernent tous les créanciers

(1) Comp. M. Renouard, t. II, p. 319.
(2) Voy., ci-dessus, p. 551 et suiv.

sans exception, et les hypothécaires aussi bien que les chirographaires (1).

— On comprend que les créanciers, ou du moins un certain nombre d'entre eux, peuvent avoir un grand intérêt à ce qu'on n'attende pas, pour faire la répartition, que tout l'actif, même que tout l'actif mobilier, soit réalisé. Aussi la règle suivie dans la pratique est-elle qu'il y aura plusieurs distributions successives : dès que le juge-commissaire reconnaît qu'il existe, déduction faite de ce qui est nécessaire pour assurer l'administration de la faillite et le service du secours alloué au failli ou à sa famille, des deniers suffisants pour faire aux créanciers une distribution qui en vaille la peine, il doit ordonner que cette distribution aura lieu. Plusieurs articles sont évidemment conçus dans cet ordre d'idées. Ainsi, comme nous l'avons déjà vu, l'art. 503 parle de différentes répartitions qui ont lieu successivement, et l'art. 553 suppose explicitement qu'une ou plusieurs distributions des deniers mobiliers ont précédé la distribution du prix des immeubles. Enfin voici comment s'exprime l'article 566, arrivant immédiatement après que le législateur a posé le principe de la répartition entre les créanciers et au marc le franc des créances vérifiées et affirmées : « A cet effet, « les syndics remettront, tous les mois, au juge-commissaire « un état de situation de la faillite et des deniers déposés à la « Caisse des dépôts et consignations; le juge-commissaire or- « donnera, s'il y a lieu, une répartition entre les créanciers, « en fixera la quotité et veillera à ce que tous les créanciers en « soient avertis. » Il résulte de ce texte que le juge-commissaire pourrait ordonner une répartition chaque mois, après avoir pris connaissance du chiffre des deniers déposés et s'être assuré que ce chiffre est suffisamment élevé. Du reste, l'obligation que la loi impose ici aux syndics a encore un autre genre d'utilité : elle est pour le juge-commissaire un bon moyen de contrôle de l'administration des syndics. — L'ar-

(1) Voy., ci-dessus, p. 342 et suiv.

ticle 566 n'indique pas comment les créanciers devront être avertis. Il semble raisonnable d'employer ici le double mode prescrit par les art. 492 et 504, c'est-à-dire l'avertissement par la voie des journaux et les lettres de convocation.

— Lorsque le juge-commissaire ordonne qu'une distribution aura lieu, n'a-t-il à tenir compte, pour déterminer le chiffre du dividende à remettre aux différents créanciers, que de l'importance des deniers à distribuer et de l'importance des créances vérifiées et affirmées? Non: il doit encore tenir compte des créances portées au bilan comme appartenant à des personnes qui n'ont pas leur domicile dans le territoire continental de la France, ainsi que des créances présentées à la vérification et sur le sort desquelles il n'a pas encore été définitivement statué. Cela résulte des articles 567 et 568, qui sont ainsi conçus :

Art. 567. « Il ne sera procédé à aucune répartition entre les « créanciers domiciliés en France, qu'après la mise en réserve « de la part correspondante aux créances pour lesquelles les « créanciers domiciliés hors du territoire continental de la « France seront portés sur le bilan. — Lorsque ces créances ne « paraîtront pas portées sur le bilan d'une manière exacte, le « juge-commissaire pourra décider que la réserve sera aug- « mentée, sauf aux syndics à se pourvoir contre cette décision « devant le tribunal de commerce. »

Art. 568. « Cette part sera mise en réserve et demeurera à « la Caisse des dépôts et consignations, jusqu'à l'expiration du « délai déterminé par le dernier paragraphe de l'article 492 (1); « elle sera répartie entre les créanciers reconnus, si les créan- « ciers domiciliés en pays étranger n'ont pas fait vérifier leurs « créances conformément aux dispositions de la présente loi. — « Une pareille réserve sera faite pour raison de créances sur

(1) Suivant le lieu où est domicilié le créancier, ce délai est de vingt jours, plus un mois, deux mois, cinq mois ou huit mois, à dater de l'avertissement donné aux créanciers par la voie des journaux d'avoir à remettre leurs titres aux syndics ou au greffe. Voy., ci-dessus, p. 347 et 348.

« l'admission desquelles il n'aurait pas été statué définitive-
« ment. »

Bien que la loi paraisse mettre sur la même ligne le créancier domicilié hors du territoire continental de la France, et le créancier qui s'est présenté pour être vérifié, mais sur l'admission duquel il n'a pas encore été statué définitivement, cependant la condition de ces deux créanciers est loin d'être identique. En ce qui concerne le premier, si, au moment où se fait la répartition, le délai que rappelle l'article 568 est déjà expiré sans qu'il se soit présenté, il n'y aura point lieu de mettre en réserve une part correspondante à sa créance; et, si ce même délai venait à expirer dans l'intervalle entre une première distribution et une seconde, la part mise en réserve la première fois devrait venir grossir les sommes à répartir la deuxième. Au contraire, en ce qui concerne celui qui plaide encore sur l'existence de sa créance, il n'y a point de délai fixe : une part doit lui être mise et maintenue en réserve tant qu'une solution définitive du procès n'est pas intervenue; et, si sa prétention n'était définitivement repoussée qu'à un moment où il n'y avait plus rien à distribuer, les sommes réservées dans son intérêt devraient faire l'objet spécial d'une dernière distribution.

Lorsqu'il y a lieu de mettre une somme en réserve par application de nos articles 567 et 568, comment sera déterminé le montant de cette somme? Pas de difficulté quand il s'agit d'une personne sur l'admission de laquelle il n'a pas encore été statué définitivement : la somme réservée sera en proportion du chiffre de la créance prétendue. Si maintenant il s'agit d'un créancier domicilié hors du territoire continental de la France et qui ne s'est pas encore présenté, le principe est qu'on s'attache au chiffre de la créance telle qu'elle a été portée sur le bilan. Mais ce principe comporte une exception, par suite d'un amendement voté dans la séance de la Chambre des députés, du 5 avril 1838, amendement qui est devenu le deuxième alinéa de l'article 567. On peut croire que le failli, en dressant son bilan, a cherché à dissimuler une partie de son passif, qu'ainsi, en ce qui concerne

les créanciers domiciliés au loin, il est resté au-dessous de la vérité quant au chiffre de leurs créances; au contraire, il n'est nullement probable qu'il ait exagéré le montant de son passif. En conséquence, le juge-commissaire peut décider que la somme réservée pour le créancier domicilié hors du territoire continental de la France sera proportionnelle soit au chiffre même porté sur le bilan, soit à un chiffre plus élevé; il ne pourrait pas décider qu'elle sera proportionnelle à un chiffre moins élevé. Lorsque le juge-commissaire estime que l'indication portée au bilan est au-dessous de la vérité, si les syndics sont d'un avis contraire, ils pourront soumettre la question au tribunal de commerce. Lors même qu'il serait reconnu en définitive qu'on a mis en réserve une somme trop forte, l'erreur serait bien facilement réparable : si le créancier ne se présente pas du tout, toute la somme réservée sera répartie entre les créanciers reconnus (voy. l'art. 568); s'il n'a pas droit à toute cette somme réservée, l'excédant seul sera ainsi réparti (1).

Les dispositions contenues aux art. 567 et 568 doivent être complétées par les art. 502 et 503, dont nous avons déjà eu l'occasion de dire quelques mots (2).

L'art. 502 pose en principe que, pour passer outre à la formation du concordat et à toutes les opérations de la faillite, ce qui comprend notamment les répartitions entre créanciers, il faut attendre l'expiration des délais déterminés, par les art. 492 et 497, à l'égard des personnes domiciliées en France. Ainsi, nous prenons d'abord un délai de vingt jours à partir des insertions faites dans les journaux; si nous avons quelque créancier domicilié en France, mais hors du lieu où siége le tribunal chargé de l'instruction de la faillite, aux vingt jours nous ajoutons un jour par cinq myriamètres de distance entre le siége du tribunal et le domicile du créancier; dans les trois jours à partir de l'expiration du délai de vingt jours ou du délai supplé-

(1) Comp. M. Renouard, t. II, p. 321 et 322.
(2) Voy., ci-dessus, p. 348 et 360, à la note; p. 355, note 2.

mentaire, doit commencer la vérification des créances; enfin, dans la huitaine de la vérification de chaque créance, le créancier devra affirmer qu'elle est sincère et véritable. Les délais dont parle l'art. 502 se trouvent ainsi expirer à la fin de la huitaine qui suit la dernière vérification. Il est possible que, peu de temps après l'expiration de ces délais, il y ait lieu de faire une répartition; il est possible aussi qu'au moment où elle est ordonnée par le juge-commissaire, quelques créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France se trouvent encore dans les délais qu'ils ont pour se présenter. C'est précisément le cas prévu par l'art. 502 *in fine*, lequel renvoie à nos art. 567 et 568. Voici le texte même de cet art. 502 : « A l'ex-« piration des délais déterminés par les art. 492 et 497, à l'é-« gard des personnes domiciliées en France, il sera passé outre « à la formation du concordat et à toutes les opérations de la « faillite, sous l'exception portée aux art. 567 et 568 en faveur « des créanciers domiciliés hors du territoire continental de la « France. »

Quant à l'art. 503, il s'applique à tout créancier, domicilié dans le territoire ou hors du territoire continental de la France, qui n'a pas observé le délai dans lequel il devait comparaître et affirmer sa créance. Ainsi, c'est un créancier qui a laissé passer le délai de vingt jours, ou le délai supplémentaire auquel il peut avoir droit en raison de son domicile, sans se présenter aux syndics; ou bien, c'est un créancier qui s'est présenté en temps utile, qui a été vérifié, mais qui n'est pas venu dans la huitaine de la vérification affirmer sa créance. Le délai étant ainsi expiré au moment où le juge-commissaire ordonnance une répartition, ce créancier défaillant ne sera pas compris dans la répartition dont il s'agit, aucune somme ne sera mise en réserve à son profit. A la vérité, il peut bien, tant que la distribution des deniers n'est pas consommée, former opposition. Mais d'abord les frais de cette opposition demeureront toujours à sa charge; et même cette opposition ne suspendra pas l'exécution de la répartition une fois ordonnancée par le juge-commissaire.

Quelle utilité peut-elle donc avoir? Elle sera fort utile pour le cas où de nouvelles répartitions seraient ordonnancées plus tard. En effet, de deux choses l'une : ou bien l'opposant se sera fait reconnaître créancier, ou bien, au contraire, il n'aura pas encore été statué sur son opposition, lorsque le juge-commissaire ordonnancera la nouvelle répartition. Dans le premier cas, l'opposant sera compris dans la nouvelle répartition, et même il y sera compris pour une somme telle qu'il n'ait pas à souffrir de son absence lors de la répartition précédente : comme le dit l'art. 503 *in fine*, « il aura le droit de prélever sur l'actif « non encore réparti le dividende afférent à sa créance dans la « première répartition. » Dans le deuxième cas, le tribunal déterminera provisoirement une somme qui sera tenue en réserve jusqu'au jugement de l'opposition, pour être alors remise à l'opposant, si ce jugement lui est favorable. Voilà donc, outre les deux hypothèses prévues par les art. 567 et 568, une troisième hypothèse dans laquelle une somme est mise en réserve lors d'une répartition faite entre les créanciers, et ici, il faut bien le remarquer, le chiffre de la somme réservée est toujours fixé par le tribunal.

Toutes les fois qu'une somme est réservée dans l'intérêt éventuel d'un créancier, cette somme reste à la Caisse des dépôts et consignations et peut, par conséquent, être productive d'intérêts. Qui profitera de ces intérêts? Il est clair que ce sera la masse, si la somme en définitive n'est pas touchée par celui en vue de qui elle a été mise en réserve. Si au contraire il vient la retirer, je crois qu'il a droit aux intérêts qu'elle a pu produire depuis la répartition lors de laquelle on l'a mise en réserve. Plusieurs auteurs sont cependant d'un avis contraire : « Les intérêts des sommes mises en réserve, dit M. Renouard (1), « profiteront à la masse et non aux créanciers réservataires : « car cette consignation n'est pas un paiement, et dès lors il y « a lieu à continuer d'appliquer la règle de l'art. 445, en vertu

(1) T. II, p. 322. Voy. aussi M. Alauzet, t. IV, no 1884.

« de laquelle le cours des intérêts se trouve arrêté. » Je me borne à faire remarquer 1° que l'idée de la loi est certainement que la consignation doit avoir, autant que possible, le même effet qu'un paiement (voy. notamment l'art. 1257 *in fine* du Code Napoléon) ; 2° que l'art. 445 s'applique uniquement aux intérêts qu'une créance était en train de produire lors du jugement déclaratif, et que cet article est réellement défavorable à l'opinion que je combats, attendu qu'il a pour but d'assurer l'égalité de condition entre tous les créanciers réduits à n'obtenir qu'un dividende. Surtout quand il s'agit d'un créancier à qui il n'a pas été possible de toucher son dividende lors de la répartition, parce qu'il était domicilié aux Indes ou parce qu'on a contesté mal à propos sa créance, d'un créancier qui n'a aucune négligence à se reprocher, ne serait-il point souverainement inique de lui refuser même le maigre intérêt que paie la Caisse des dépôts et consignations, intérêt qui certes le laissera encore dans une condition inférieure à celle des créanciers qui ont pu toucher leurs dividendes dès le jour de la répartition?

La loi a dû prendre des précautions pour empêcher : 1° qu'un dividende pût être touché par une personne qui n'y aurait pas droit ; 2° que celui qui a déjà reçu un dividende pût se présenter comme n'ayant encore rien reçu. C'est aussi ce qu'elle a fait dans l'art. 569.

1° Celui qui veut toucher un dividende doit représenter aux syndics le titre constitutif de sa créance, titre sur lequel les syndics ont dû écrire que le créancier était admis au passif de la faillite pour telle somme (voy. l'art. 497).

Voilà le principe. Mais la loi a prévu le cas où il y aurait impossibilité de représenter le titre : alors le juge-commissaire peut autoriser le paiement sur le vu du procès-verbal de vérification. C'est au juge-commissaire à s'assurer qu'il s'agit bien réellement d'un créancier vérifié et affirmé, et, de plus, qu'il y a pour lui impossibilité de représenter son titre : si le juge-commissaire n'est pas convaincu sous ce double rapport, il re-

fusera son autorisation. Du reste, il est difficile de croire que le juge-commissaire statue ici en dernier ressort et qu'il y ait lieu d'appliquer le principe posé dans l'art. 453 (1). — Le failli qui a obtenu un concordat doit également exiger que celui qui demande le paiement d'un dividende représente le titre constitutif de sa créance : à défaut de représentation du titre, les tribunaux prononceront. En 1852, la question est allée jusque devant la Cour de cassation. Le souscripteur et l'endosseur d'un billet à ordre étaient tombés en faillite ; le porteur produit à la faillite du souscripteur, qui donnait 45 p. 100, et, avec l'autorisation du juge-commissaire de l'autre faillite, il touche ce dividende en remettant son titre. Il se présente ensuite à l'endosseur, failli concordataire; mais celui-ci se refuse à rien payer, en disant que le titre n'est pas représenté et qu'il n'y a pas impossibilité de le représenter. Le tribunal de commerce de la Seine et la Cour de Paris reconnurent successivement que la prétention du failli concordataire n'était pas fondée; et la Cour de cassation, par son arrêt du 23 novembre 1852, rejeta le pourvoi (2).

2° Sur le titre représenté aux syndics, ceux-ci mentionnent la somme payée par eux. Mais le montant du dividende à recevoir n'est pas toujours payé par les syndics : aux termes de l'art. 489 *in fine*, le juge-commissaire peut ordonner que le versement sera fait directement par la Caisse entre les mains des créanciers, sur un état de répartition dressé par les syndics et ordonnancé par lui. En cas pareil, les syndics mentionnent sur le titre que leur représente le créancier, non pas la somme payée par eux, mais la somme ordonnancée par le juge-commissaire. Indépendamment de cette mention portée sur le titre, la loi exige la quittance du créancier en marge de l'état de répartition ; et, là où on ne peut pas faire la mention sur le titre parce que le titre n'est pas représenté, le paiement sera suffisamment

(1) Comp. M. Alauzet, t. IV, n° 1886.
(2) Dev.-Car., 53, 1, 23.

constaté par cette quittance du créancier en marge de l'état de répartition. — Comme nous le savons déjà, la constatation de la somme touchée à titre de dividende par le créancier est particulièrement utile quand il s'agit d'un créancier qui a plusieurs débiteurs solidaires en faillite (1); de même quand il s'agit d'un créancier qui, après avoir touché un dividende dans la masse chirographaire, est ensuite utilement colloqué dans la masse hypothécaire (2).

§ VIII. FIN DE LA FAILLITE.

Nous supposons que la faillite est complétement liquidée, que tout l'actif a été réalisé et distribué.

Les créanciers sont convoqués une dernière fois. Dans cette dernière assemblée, les syndics rendent leur compte aux créanciers, et au failli, qui doit avoir été appelé. Les créanciers sont, de plus, consultés sur l'excusabilité du failli. Le juge-commissaire dresse procès-verbal de la délibération, et chacun des créanciers a le droit de faire consigner dans ce procès-verbal ses dires et observations.

Après la clôture de cette assemblée, l'union cesse de plein droit (3), et, à partir de ce moment, les créanciers et le failli devraient être, à ce qu'il semble, replacés sous l'empire du droit commun. Ils le seront aussi, mais sauf une restriction, qui constitue une sorte d'anomalie dans le système général de notre législation sur les faillites. En effet, ce n'est qu'après la dissolution de l'union, à un moment où l'état de faillite n'existe plus, que le tribunal statue sur l'excusabilité (4) : il rend ainsi un juge-

(1) Voy. ci-dessus, p. 591.
(2) Voy. les art. 553-555.
(3) Voy. le nouvel art. 537.
(4) « Le juge-commissaire présentera au tribunal la délibération des « créanciers relative à l'excusabilité du failli, et un rapport sur les ca-

ment qui se rattache intimement à l'existence de la faillite et qui cependant se trouve placé en dehors de la faillite (1).

Quoi qu'il en soit, il faut distinguer :

Si le tribunal ne déclare pas le failli excusable, et il a tout pouvoir à cet égard, les créanciers recouvreront l'exercice de la contrainte par corps contre le failli (2). Celui-ci ne pourra pas, pour s'y soustraire, recourir à la cession de biens, qui est supprimée pour les commerçants (3). D'ailleurs, les mêmes causes qui lui font refuser l'excusabilité lui feraient refuser le bénéfice de cession de biens (4).

« ractères et les circonstances de la faillite. — Le tribunal prononcera si le « failli est ou non excusable » (art. 538).

Le jugement qui statue sur l'excusabilité du failli est certainement susceptible d'appel. Dans quel délai l'appel doit-il être interjeté? C'est un point que nous examinerons en expliquant l'art. 582.

(1) La Cour de Paris a jugé, par un arrêt du 19 août 1852, que le syndic est partie dans la demande du failli tendant à se faire déclarer excusable, et que ses fonctions ne cessent qu'après qu'il y a décision, passée en force de chose jugée, sur la question d'excusabilité (Dev-Car., 52, 2, 518). C'est évidemment violer l'art. 537 *in fine*.

(2) « Si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers rentreront « dans l'exercice de leurs actions individuelles, tant contre sa personne « que sur ses biens » (art. 539, 1er alinéa).

(3) « Aucun débiteur commerçant, dit l'art. 541, ne sera recevable à « demander son admission au bénéfice de cession de biens. » Dans la loi de 1838, cette disposition formait à elle seule tout l'art. 541. La loi du 17 juillet 1856 y a rattaché les dispositions relatives au *concordat par abandon*. Voy., ci-dessus, p. 478 et suiv.

(4) En ce qui concerne les causes par suite desquelles un homme se trouve de plein droit inadmissible au bénéfice de cession de biens ou au bénéfice d'excusabilité, voici trois articles qu'il est assez curieux de rapprocher :

« Ne pourront être admis au bénéfice de cession : les étrangers, les stel- « lionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées « pour cause de vol ou d'escroquerie, ni les personnes comptables, tu- « teurs, administrateurs et dépositaires » (art. 905 du C. de proc.).

« Ne pourront être admis au bénéfice de cession : 1° les stellionataires, « les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour fait de « vol ou d'escroquerie, ni les personnes comptables ; 2° les étrangers, tu- « teurs, administrateurs ou dépositaires » (C. de comm. de 1808, art. 575).

« Ne pourront être déclarés excusables : les banqueroutiers frauduleux, « les stellionataires, les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou

Si, au contraire, le tribunal déclare le failli excusable, sans doute les créanciers rentrent, à partir de la dissolution de l'union, dans l'exercice de leurs droits sur les biens que le débiteur pourra acquérir, mais il ne leur est pas permis d'exercer la contrainte par corps contre lui : le jugement d'excusabilité l'en affranchit à l'égard des créanciers de la faillite (1). C'est une innovation de la loi de 1838, qui a certainement amélioré sur ce point l'ancienne législation. En effet, sous l'empire de l'ancien texte du Code, le débiteur n'avait d'autre moyen d'échapper à la contrainte par corps, après la dissolution de l'union, que de faire cession de biens; or n'y avait-il pas quelque chose de dérisoire à obliger un failli, dont tout l'actif venait d'être vendu et réparti, qui par conséquent n'avait plus rien, à faire cession de biens? C'était une cession de biens de pure forme. On a donc bien fait de la supprimer et de la remplacer par le bénéfice d'excusabilité (2).

« abus de confiance, les comptables de deniers publics » (nouvel art. 540). — Il va sans dire que, si le failli ne se trouve dans aucun des cas indiqués par cet art. 540, le tribunal de commerce n'est pas tenu par cela même de le déclarer excusable.

Voy. aussi l'art. 612, relatif aux personnes qui ne peuvent pas être admises à la réhabilitation.

(1) « Si le failli est déclaré excusable, il demeure affranchi de la con- « trainte par corps à l'égard des créanciers de la faillite, et ne pourra « plus être poursuivi par eux que sur ses biens, sauf les exceptions pro- « noncées par les lois spéciales » (art. 539, 2e alinéa). — Je rechercherai dans un instant comment doivent être entendus ces derniers mots : *sauf les exceptions prononcées par les lois spéciales.*

(2) Sous l'empire du Code de 1808, l'effet du bénéfice d'excusabilité accordé au failli était de lui conférer l'aptitude à être réhabilité et de le soustraire à la prévention de banqueroute (voy. l'ancien art. 531). Aujourd'hui, il résulte clairement du nouvel art. 539 que l'unique effet attaché à ce bénéfice, c'est de soustraire le débiteur, après la dissolution de l'union, à l'exercice de la contrainte par corps de la part des créanciers de la faillite. De là paraissent ressortir deux conséquences que nous allons examiner successivement :

1° La circonstance que le failli est un étranger ne le rend point *a priori* inadmissible au bénéfice d'excusabilité : pour s'en convaincre, il suffit de lire le nouvel art. 540, en le comparant à l'art. 905 du Code de procédure et à l'art. 575 du Code de 1808. Dès lors ne serions-nous pas autorisés à

Mais, encore une fois, quand le jugement dont nous parlons est rendu, l'union est déjà dissoute depuis un intervalle plus ou moins long : dans certains cas, le jugement qui statue sur

soutenir que l'étranger qui a fait faillite en France et qui a été déclaré excusable ne pourra pas être emprisonné à la requête des créanciers de sa faillite? Nous y serions peut-être autorisés si l'art. 539, après avoir dit que le failli déclaré excusable demeure affranchi de la contrainte par corps à l'égard des créanciers de sa faillite, n'ajoutait pas cette restriction : *sauf les exceptions prononcées par les lois spéciales*. Pour en comprendre le sens, il faut savoir que, d'après les premiers projets, l'étranger non domicilié en France n'était point affranchi de la contrainte par corps, *quoique déclaré excusable*. Cette rédaction n'était pas heureuse : à quoi pouvait-il servir de déclarer excusable le failli étranger si, malgré cette déclaration, il restait contraignable par corps? Au contraire la rédaction qui a passé dans la loi exprime une distinction facile à comprendre : l'étranger failli, s'il est déclaré excusable, ne pourra pas être poursuivi sur sa personne en vertu des lois qui soumettent d'une manière générale à la contrainte par corps les personnes condamnées pour dettes commerciales ; mais la déclaration d'excusabilité ne lui permettra pas d'échapper à l'application de la loi spéciale qui soumet les étrangers à la contrainte par corps en leur seule qualité d'étrangers. Dans ce système, la déclaration d'excusabilité peut encore constituer pour l'étranger failli un véritable bénéfice. Je vais le montrer par un exemple.

Lorsqu'un étranger non domicilié en France est condamné par un tribunal français, il n'est contraignable par corps *en qualité d'étranger* qu'autant que c'est un Français qui a obtenu condamnation contre lui (loi du 17 avril 1832, art. 14). Mais, si l'étranger est ainsi condamné par un tribunal français *pour dette commerciale*, la contrainte par corps sera prononcée contre lui, lors même qu'il serait condamné sur la poursuite d'un autre étranger. Comme le dit très-bien la Cour de Paris, dans son arrêt du 2 décembre 1848, « d'après l'art. 1er de la loi du 17 avril 1832, « la contrainte par corps doit être prononcée par les tribunaux français, « sauf certaines exceptions déterminées, contre toute personne condamnée « pour dette commerciale d'une somme de 200 fr. et au-dessus. Cette dis- « position est absolue et ne distingue pas si le demandeur et le défendeur « sont étrangers ou non, si l'obligation a été contractée en France ou « ailleurs : c'est la nature de la dette que la loi considère uniquement » (Dev.-Car., 49, 2, 32). « En matière civile ordinaire, disent également « MM. Aubry et Rau, la contrainte par corps est fondée sur le peu de fa- « veur que mérite le débiteur qui l'a encourue, et, en matière commer- « ciale, sur les intérêts et les nécessités du commerce. Il n'entre dans les « motifs qui l'ont fait établir aucune considération personnelle au créan- « cier, et dès lors il n'y a pas de raison pour refuser à l'étranger cette « voie d'exécution, qui n'est, en définitive, que la sanction du jugement

l'excusabilité du failli n'est rendu que très-longtemps après la dissolution de l'union, à une époque où le débiteur est en butte à des poursuites et menacé de la contrainte par corps, et c'est

« qu'il a obtenu... » (t. I, § 78, note 54; voy. aussi t. V, § 586 *bis*, p. 45). — Cela étant admis, je suppose qu'un étranger non domicilié en France a été déclaré en faillite par un tribunal français, et qu'après la dissolution de l'union il a obtenu une déclaration d'excusabilité : les créanciers de sa faillite pourront-ils, nonobstant cette déclaration, exercer contre lui la contrainte par corps? Oui, s'il s'agit de créanciers français; non, s'il s'agit de créanciers étrangers. Au contraire, si ce failli n'avait pas été déclaré excusable, ses créanciers étrangers auraient pu, tout aussi bien que ses créanciers français, le faire emprisonner, en invoquant l'art. 1er de la loi de 1832.

Comp. l'arrêt de la Cour de Paris du 22 février 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 336).

2° Que le failli ait obtenu ou qu'il n'ait pas obtenu la déclaration d'excusabilité, cela est indifférent en ce qui concerne les biens qu'il peut acquérir depuis la dissolution de l'union : dans un cas comme dans l'autre, l'art. 539 permet aux créanciers d'exercer des pousuites individuelles sur ces biens. La cause qui a donné lieu à la dissolution de l'union, c'est-à-dire la réalisation et la distribution de tout l'actif, ayant cessé, puisqu'aujourd'hui le débiteur se trouve avoir de nouveaux biens, ne serait-il pas logique de revenir au régime de la faillite, de nommer un juge-commissaire et des syndics? Cette idée paraît bien être repoussée par le texte de la loi, et la jurisprudence ne l'a pas non plus admise. Voici comment s'exprime la Cour de cassation, dans les *considérants* de son arrêt du 13 août 1862 : « S'il est vrai que la réhabilitation seule fait complétement « disparaître l'état de faillite, il n'en faut pas moins reconnaître que la « dissolution de l'union modifie profondément cet état. On ne peut assi- « miler ni cette dissolution avec la clôture provisoire autorisée par « l'art. 527, ni avec le cas d'inexécution du concordat la survenance d'un « actif dans le patrimoine du failli : dans le premier cas, la clôture pro- « visoire des opérations de la faillite peut être effacée par un nouveau « jugement, parce que ces opérations sont seulement suspendues, que les « syndics n'ont pas rendu leur compte, et qu'ils demeurent en fonctions, « ainsi que le juge-commissaire; dans le cas de l'art. 519, la clôture de la « faillite est subordonnée à l'existence et à l'exécution du concordat, et il « est naturel que, lorsque ce contrat a péri, la faillite se rouvre et procède « sur ses anciens errements... » (Dev.-Car., 62, 1, 790).

Mais cette jurisprudence me paraît inadmissible tout au moins dans le cas où depuis la dissolution de l'union le failli a contracté de nouvelles dettes. Les nouveaux créanciers, n'étant pas payés, pourront très-certainement provoquer un jugement déclaratif de faillite, et le régime qui en résultera sera nécessairement applicable aux anciens créanciers comme aux nouveaux, sauf peut-être l'existence d'une hypothèque générale au

précisément pour s'y soustraire qu'il provoque une décision sur son excusabilité.

On peut se demander si, tant que le jugement n'est pas rendu, le débiteur n'est pas provisoirement affranchi de la contrainte par corps. Il semble résulter du but qu'on s'est proposé en introduisant le bénéfice d'excusabilité, que le failli doit être présumé excusable et provisoirement soustrait à la contrainte par corps, jusqu'à ce que le tribunal ait décidé le contraire. C'est, d'ailleurs, ce qui résulte de l'art. 539, qui ne réintègre les créanciers dans l'exercice de leurs droits contre sa personne qu'autant que le tribunal ne l'a pas déclaré excusable (1). Donc, jusque-là, il est provisoirement protégé, par une présomption d'excusabilité, contre l'exercice de la contrainte par corps.

profit des anciens créanciers (voy. ci-dessus, p. 309 et 310, p. 448 et suiv.). Il faut donc tout au moins restreindre l'application de la maxime *Faillite sur faillite ne vaut* au cas où le failli qui depuis la dissolution de l'union a acquis de nouveaux biens se trouve toujours en face des mêmes créanciers.

(1) En elles-mêmes, ces expressions : *Si le failli n'est pas déclaré excusable*, sont très-équivoques. Elles peuvent signifier que le tribunal n'a pas statué sur la question d'excusabilité; elles peuvent signifier aussi que le tribunal a déclaré que le failli n'est pas excusable. Je suis bien disposé à les entendre, comme M. Bravard, dans le deuxième sens. — La question s'est présentée devant la Cour de Douai. Le tribunal de commerce n'ayant pas statué sur l'excusabilité, un créancier avait obtenu contre le failli une condamnation par corps. En appel, le failli soutenait que l'exercice de la contrainte par corps ne redevient possible que par suite d'un jugement de *non-excusabilité*. La Cour de Douai, par son arrêt du 9 mars 1843, ne va pas aussi loin : elle décide que c'est au failli à obtenir un jugement d'excusabilité; seulement, elle lui accorde pour l'obtenir un certain délai pendant lequel la contrainte par corps ne pourra pas être exercée contre lui (Dev.-Car., 43, 2, 588).

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES VOIES DE RECOURS CONTRE LES JUGEMENTS RENDUS EN MATIÈRE DE FAILLITE (Ch. D.).

Les voies de recours dont la loi s'est spécialement occupée dans ce Chapitre sont : l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation. Quant aux autres voies de recours, puisque la loi sur les faillites a gardé le silence, nous devons reconnaître qu'en général elles pourront être employées conformément aux principes du droit commun.

L'art. 580 mentionne, comme étant susceptibles d'opposition, le jugement déclaratif de la faillite et le jugement qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation des paiements. De droit commun, l'opposition ne peut être formée que par une personne qui était partie dans l'instance et qui a fait défaut : dans la matière spéciale qui nous occupe, la même règle doit-elle être suivie? Elle doit certainement être suivie en ce sens que celui-là seul qui a fait défaut, qui n'était pas présent ou représenté au jugement, pourra former opposition (1) : la loi des faillites ne contient sur ce point aucune dérogation au droit commun. Au contraire le droit commun est abandonné par la loi spéciale, en ce sens qu'elle admet à former opposition, non pas seulement les parties relativement auxquelles le tribunal a

(1) Du reste, comme l'a jugé la Cour de Rouen, par son arrêt du 2 mars 1843, le failli ne doit pas être considéré comme ayant été présent au jugement et, par conséquent, exclu du droit de former opposition, par cela seul que le jugement qui l'a mis en faillite a été rendu sur sa propre déclaration (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 206).

statué, les parties qui étaient directement en cause, mais *toute partie intéressée*. Nous verrons, du reste, que cette expression, *partie intéressée*, donne lieu à une véritable difficulté, et qu'il n'est pas aisé de faire exactement la part de l'art. 580 et celle de l'art. 581.

Dans quel délai doit être formée l'opposition? Ici encore notre art. 580 a dérogé au droit commun. De droit commun, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement (C. de proc., art. 158; C. de comm., art. 643). Ici, au contraire, le délai, qui court toujours à partir du moment où les formalités de l'affiche et de l'insertion énoncées dans l'art. 442 ont été accomplies, le délai est de huitaine pour le failli, et d'un mois pour toute autre partie intéressée; et la loi n'a point dit que ce délai fût susceptible d'être augmenté à raison de l'éloignement du lieu où l'opposant a son domicile. — On a prétendu que, pour faire courir ce délai de huitaine ou d'un mois, il ne suffit pas que les formalités de l'affiche et de l'insertion aient été accomplies, mais il faut de plus que le jugement par défaut ait été signifié au failli et signifié par un huissier commis; cette prétention, manifestement contraire à l'art. 580, a été justement repoussée par la Cour de cassation (1). La Cour de cassation, par le même arrêt, s'est prononcée sur une question plus délicate, celle de savoir si le défaut ou le retard de l'enregistrement de l'exemplaire du journal contenant insertion du jugement (voy. l'article 442 et l'avant-dernier alinéa de l'art. 42) doit faire considérer l'insertion comme n'ayant pas eu lieu : « Le défaut ou le retard de l'enregistrement, dit la Cour, ne peut, en l'absence d'une disposition expresse de loi qui y ait attaché *en matière de faillite* la peine de nullité, faire réputer inaccomplies et inefficaces les formalités dont parle l'art. 580 : ces formalités ont été remplies dans leur objet principal, qui est la notoriété pour tous et la publicité du jugement. »

Le jugement déclaratif de faillite et le jugement ultérieur qui

1) Arrêt de cassation, du 4 novembre 1857 (Dev.-Car., 58, 1, 70).

fixe l'époque de la cessation des paiements ont cela de remarquable que, sans distinguer s'ils ont été rendus d'office ou à la requête d'un ou de quelques-uns des créanciers, ces jugements produisent leur effet d'une manière absolue envers et contre tous. Il s'ensuit que, lorsqu'une personne intéressée forme opposition contre ces jugements, elle n'agit pas pour elle seule, elle agit véritablement pour le compte de toutes les autres parties intéressées, puisque la sentence rendue sur l'opposition vaudra pour toutes. De là les deux conséquences suivantes :

1° Le tiers qui se trouve lésé par le jugement déclaratif de la faillite ou par le jugement portant fixation de l'époque de la cessation des paiements, peut bien l'attaquer par la voie de l'opposition dans les termes de notre art. 580, mais il ne pourrait pas l'attaquer par la voie de la tierce-opposition dans les termes du droit commun. Si l'art. 580 donne à ce tiers une voie d'attaque qu'en général il ne peut pas employer, c'est précisément pour lui tenir lieu de celle qu'il a d'ordinaire et qui est incompatible avec la nature particulière des jugements dont il s'agit ici (1).

2° L'opposition formée par l'une des parties intéressées autres que le failli ne tend pas à faire rétracter le jugement au profit de cette partie seule : si le jugement est rétracté, il le sera pour tout le monde. En formant opposition dans le délai fixé par l'art. 580, Paul a donc exercé et conservé le droit de tous les intéressés. Il faut en conclure que, même après l'expiration de ce délai, un autre intéressé peut intervenir à côté de Paul, et que le désistement ultérieur de Paul ne saurait en rien compromettre le droit de l'intervenant (2).

(1) Ainsi jugé par la Cour de Paris, le 17 mars 1858. Comme le dit la Cour, « la loi n'a pas voulu que le sort de tous fût remis en question par « des contestations tardives; cette matière commerciale est spéciale et « n'est pas régie par les principes du droit commun : ce n'est donc pas le « cas d'appliquer les dispositions du Code de procédure civile sur la tierce-« opposition » (Dev.-Car., 58, 2, 567).

(2) Le tribunal de commerce de Paimbœuf avait jugé le contraire. La Cour de Rennes, par son arrêt du 5 février 1861, a infirmé ce jugement. La Cour commence par proclamer que le jugement qui fixe l'époque de la

Nous admettons, en principe, conformément à l'art. 437 du Code de procédure, que l'opposition doit contenir les moyens de l'opposant et assignation dans le délai de la loi. Maintenant, à qui devra-t-elle être signifiée? Toutes les fois qu'elle sera formée par le failli ou par une autre personne déterminée, elle devra être signifiée aux syndics qui représentent la masse (voy. l'art. 443, 2e alinéa); si le jugement avait été rendu sur la poursuite d'un créancier, je crois que l'opposition devrait de plus être signifiée à ce créancier (1). Mais que décider lorsque l'opposition est formée précisément par les syndics, au nom de la masse (ce qui arrive assez souvent, la masse ayant toujours intérêt à ce que l'époque de la cessation des paiements soit reculée aussi loin que possible)? Ici je distingue : ou bien le jugement a été rendu sur la poursuite d'une personne déterminée, et alors l'opposition sera signifiée à cette personne; ou bien le jugement a été rendu d'office, et alors les syndics ne pourront procéder que par voie de requête adressée au tribunal (2).

Toujours par application du principe que le droit commun doit continuer à être suivi partout où la loi spéciale n'y a pas dérogé, nous déciderons : 1° que, si la partie qui a formé opposition dans les termes de l'art. 580 fait de nouveau défaut, elle

cessation des paiements a, vis à vis de toutes les parties intéressées, l'autorité de la chose jugée, s'il n'est pas attaqué dans le délai de l'art. 580. Elle ajoute : « L'intervenant avait un droit propre, qui ne s'est point con« fondu avec celui des demandeurs principaux, et ainsi le désistement des « uns n'a point amené l'extinction du droit de l'autre. L'exercice de ce « droit collectif ayant pour limite irrévocable l'expiration du délai d'un « mois fixé par l'art. 580, une fois l'action introduite par l'un des inté« ressés, la déchéance contre les autres n'a plus de raison d'être; et il « suffit que le droit propre aux intéressés ait été exercé par l'un d'eux en « temps utile pour qu'il soit conservé à F., quoiqu'intervenu tardive« ment» (Dev.-Car., 61, 2, 356). — On peut rapprocher cette décision de ce qui est dit dans l'art. 2190 du Code Napoléon pour le cas où, sur les notifications à fin de purge d'un tiers-acquéreur, un créancier commence par surenchérir, puis se désiste.

(1) Voy. en ce sens un arrêt de la Cour de cassation, du 15 mai 1854 (Dev.-Car., 54, 1, 382).

(2) Comp. M. Renouard, t. II, p. 386 et suiv.

ne pourra plus attaquer le jugement par voie d'opposition (voy. l'art. 165 du Code de proc.); 2° que le jugement par défaut qui déclare la faillite serait périmé faute d'exécution dans les six mois, conformément au principe général posé dans l'article 156 *in fine* du Code de procédure, auquel renvoie expressément l'art. 643 du Code de commerce (1).

— L'art. 581 est ainsi conçu : « Aucune demande des créan-« ciers, tendant à faire fixer la date de la cessation des paiements « à une époque autre que celle qui résulterait du jugement dé-« claratif de faillite ou d'un jugement postérieur, ne sera rece-« vable après l'expiration des délais pour la vérification et l'af-« firmation des créances. Ces délais expirés, l'époque de la « cessation des paiements demeurera irrévocablement détermi-« née à l'égard des créanciers. »

Pour pénétrer le sens de cet article, il faut avant tout le rapprocher de l'art. 457 du Code de 1808. Celui-ci disait, en parlant du jugement qui ordonnait l'apposition des scellés et qui déclarait l'époque de l'ouverture de la faillite : « Il sera exécu-« toire provisoirement, mais susceptible d'opposition, savoir : « pour le failli, dans les huit jours qui suivront celui de l'af-« fiche; pour les créanciers présents ou représentés, ou pour « tout autre intéressé, jusques et y compris le jour du procès-« verbal constatant la vérification des créances; pour les créan-« ciers en demeure, jusqu'à l'expiration du dernier délai qui « leur aura été accordé » (2). — Ainsi, sous l'empire du Code

(1) Voy. en ce sens l'arrêt de la Cour d'Orléans du 31 août 1850 (Dev.-Car., 51, 2, 24).

(2) Qu'est-ce que ce *dernier délai?* Les créanciers étaient avertis de se présenter aux syndics dans le délai de quarante jours; la vérification avait lieu dans la quinzaine qui suivait l'expiration du délai de quarante jours. A l'expiration de ces délais, les syndics dressaient un procès-verbal contenant les noms de ceux des créanciers qui n'avaient pas comparu, et ce procès-verbal, clos par le commissaire, les établissait en demeure : le tribunal de commerce fixait alors un nouveau délai, déterminé d'après la distance du domicile du créancier en demeure (un jour par 3 myriamètres de distance). Voy. les art. 502, 503, 510 et 511 du Code de 1808. C'est à ce nouveau délai, déterminé d'après la distance, que se référait l'art. 457.

de 1808, les créanciers présents ou représentés étaient mis sur la même ligne que *les autres intéressés*, c'est-à-dire que les tiers qui, dans les dix jours antérieurs à la faillite, avaient fait quelqu'un des actes qu'atteint la nullité de plein droit (voy. Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 217) : ces créanciers et ces tiers pouvaient former opposition jusques et y compris le jour du procès-verbal (le jour *de la clôture* du procès-verbal) constatant la vérification des créances.

Le projet présenté par le Gouvernement en 1834 réglait, dans deux articles distincts : 1° l'opposition au jugement qui déclare la faillite ; 2° la demande des créanciers tendant à faire changer l'époque de l'ouverture de la faillite. L'opposition au jugement déclaratif était recevable, de la part du failli, dans la huitaine, et, de la part de toute autre personne intéressée, dans le mois à dater de l'affiche et de l'insertion. Quant à la demande des créanciers tendant à faire changer l'époque de l'ouverture de la faillite, elle cessait d'être recevable après la formation du concordat ou après le mois de la nomination des syndics définitifs ; seulement, l'article du projet réservait le droit de tierce-opposition aux tiers contre lesquels cette fixation serait ultérieurement invoquée. Comme le remarque très-justement M. Renouard (t. II, p. 392), dans ce système les créanciers étaient compris parmi les *parties intéressées* à qui on accordait un mois pour former opposition au jugement déclaratif. Mais aujourd'hui, en raison des changements considérables qu'ont subis les deux articles du projet, on se demande si au nombre des parties intéressées dont parle l'art. 580 il faut encore comprendre les créanciers. Voici d'abord l'indication de ces changements :

1° Il fut décidé (1) que la demande des créanciers tendant à faire changer l'époque de l'ouverture de la faillite ne serait pas recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances ;

2° Sur la proposition de la première Commission de la Chambre

(1) Séance de la Chambre des députés du 24 février 1835.

des pairs, mais malheureusement sans qu'on ait pris la peine d'expliquer la portée de ce changement, il fut dit que le failli (dans la huitaine) et toute autre partie intéressée (dans le mois) pourraient attaquer par voie d'opposition, non plus seulement le jugement déclaratif de faillite, mais également le jugement portant fixation du jour de l'ouverture ;

3° Dans le second projet du Gouvernement, la demande tendant à faire changer l'époque de la cessation des paiements n'était plus présentée comme émanant *des créanciers*, il n'y avait plus aucune mention spéciale des *créanciers*, et la réserve au profit des *tiers* du droit de former tierce-opposition était supprimée. La pensée du Gouvernement était évidemment celle-ci : *Toute personne intéressée, autre que le failli, a un mois à partir de l'affiche et de l'insertion pour former opposition au jugement qui fixe l'époque de la cessation des paiements ; toutefois, cette opposition ne peut jamais être formée après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances.* Du reste, cette modification contenue dans le second projet du Gouvernement n'a été consacrée qu'en partie : en définitive, on a bien maintenu la suppression du droit pour les tiers de former indéfiniment tierce-opposition ; mais on a reproduit la mention spéciale des créanciers, comme étant ceux qui peuvent, jusqu'à l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation, demander le changement de la date fixée à la cessation des paiements, et comme étant ceux à l'égard desquels, passé ces délais, l'époque de la cessation des paiements demeure irrévocablement déterminée.

Ces renseignements étaient nécessaires pour nous permettre de bien comprendre les discussions auxquelles a donné lieu la combinaison des art. 580 et 581. Au fond, la question est celle-ci : Faut-il dire que l'art. 580 est applicable aux créanciers du failli comme à toute autre partie intéressée, et que l'art. 581 est seulement venu restreindre dans un cas particulier la faculté que les termes généraux de l'art. 580 donnaient aux créanciers de former opposition au jugement qui fixe l'époque de la cessa-

tion des paiements? Faut-il dire, au contraire, que l'art. 580 s'applique aux parties intéressées autres que les créanciers, et que le droit des créanciers est exclusivement réglé par l'article 581 ?

En faveur de la première opinion, M. Renouard a dit, je crois, tout ce qu'on peut dire. Voici comment il s'exprime (t. II, p. 393 et suiv.) : « La seconde Commission de la Chambre des pairs, « au lieu de ces mots absolus : *Aucune demande*, a commencé « l'art. 581 en disant : *Aucune demande des créanciers*. Elle a « également nommé les créanciers à la fin de l'article. A-t-elle « par là bouleversé le sens de l'art. 580, qu'elle conservait? a- « t-elle voulu que, dans cet art. 580, les créanciers cessassent « d'être compris au nombre des parties intéressées? Évidemment « non. Une modification aussi profonde aurait exigé impérieu- « sement une explication; et ni le second rapport ni la discus- « sion n'en donnent aucune. L'intention de la Commission a « été beaucoup plus simple, et est aisée à comprendre. On avait « refusé aux tiers, non créanciers, le droit de tierce-opposition. « Étrangers à la faillite et aux vérifications de créances, ils ne « devaient pas voir le sort de leur action dépendre de la durée « incertaine d'opérations auxquelles ils ne participent pas. S'il « importe de fixer le sort de la masse, il importe aussi de fixer « la condition des tiers : un délai déterminé, invariable, tel que « celui de l'art. 580, devait seul créer contre eux une forclu- « sion. Quant aux créanciers, les opérations de la vérification « les ont suffisamment avertis de leurs droits : s'ils la laissent « accomplir sans rompre le silence, ils ne pourront imputer « qu'à eux-mêmes la déchéance où leur incurie les entraîne... « Pour exclure les créanciers de l'art. 580, il faut aller jusqu'à « dire qu'ils ne sont point des parties intéressées autres que le « failli. Pour faire de l'art. 581 leur règle unique, il faut sup- « poser que, sans aucun motif plausible de préférence, on les « a traités plus favorablement que les tiers, moins avertis « qu'eux... Si l'habitude de l'ancien art. 457 a entraîné plu- « sieurs tribunaux à faire de l'art. 581 un article extensif, je

« pense qu'une étude plus attentive de la loi rétablira la vraie « doctrine » (1).

Cependant la jurisprudence paraît bien fixée aujourd'hui en sens contraire. Je vais m'arrêter un instant sur les arrêts les plus récents. Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 30 juin 1856, décide que le créancier chirographaire peut former opposition, même après l'expiration du délai réglé par l'art. 580, attendu que l'art. 581 lui est seul applicable, mais qu'il en est autrement du créancier hypothécaire, celui-ci étant au nombre des parties intéressées dont parle l'art. 580. Cet arrêt est motivé avec soin, et j'en résumerai ici les principaux *considérants* : « Une faillite met en présence deux classes bien distinctes d'intéressés : 1° ceux qui avant la déclaration de faillite ont fait avec le failli des actes qui seront annulés si on fait remonter la date de la cessation des paiements ; 2° les créanciers, qui au contraire ont généralement intérêt à faire remonter cette date, afin d'atteindre les actes et les paiements qui ont diminué l'avoir du failli et de grossir par là l'actif de la faillite (2). L'ancien article 457 semblait confondre ces deux classes d'intéressés, en n'accordant à tous qu'un même délai. La nouvelle loi a voulu, au contraire, les distinguer : le délai fixé dans l'art. 580 est indépendant de la vérification des créances, le délai fixé dans l'art. 581 y est subordonné ; et, si l'art. 580, dans sa généralité, embrasse les uns et les autres, il est aussitôt limité par l'art. 581, qui fait pour les créanciers une règle à part. — Les intéressés autres que les créanciers n'ont qu'à défendre les actes faits entre eux et le failli : il faut pour cela d'abord que le jugement qui met ces actes en péril leur soit connu, et il l'est par la publicité qui l'environne ; ensuite, qu'ils aient un délai suffisant pour y former opposition, et l'art. 580 leur donne un délai d'un mois. La situation des créanciers est bien différente : pour faire tomber les actes qui lèsent les intérêts de la masse, ils ont besoin

(1) C'était aussi l'opinion de M. Bravard (*Manuel*, p. 690 et 691).
(2) Comp., ci-dessus, p. 188 et 189.

de pénétrer dans le secret des affaires du failli; la vérification pouvant seule leur fournir à cet égard des renseignements précis, il est naturel qu'elle serve de mesure à la durée de leur action...

« Le créancier hypothécaire, qui lutte pour le maintien de son hypothèque et veut faire rapporter le jugement qui détermine l'époque de la cessation des paiements, ne saurait invoquer l'art. 581. Il est dans la classe de ceux dont les intérêts sont en opposition avec les intérêts de la masse et qui doivent se pourvoir dans le délai fixé par l'art. 580 : en effet, du moment que le jugement lui est connu par sa publication, il est en demeure d'y former opposition, et il n'y a nulle raison de lui accorder un plus long délai qu'à tous les intéressés. Si, aux termes de l'art. 501, le créancier dont on conteste seulement le privilége ou l'hypothèque est admis dans les délibérations de la faillite comme créancier ordinaire, c'est que, sa qualité de créancier étant reconnue, il y aurait contradiction à lui contester son hypothèque et à lui refuser en même temps le droit de prendre part aux délibérations comme créancier ordinaire; il doit en être autrement lorsqu'il s'agit, non plus de délibérer, mais d'exercer une action en opposition avec les intérêts de la masse: alors il serait contradictoire qu'il se prévalût des droits des créanciers ordinaires pour se faire maintenir dans une situation privilégiée, qu'il eût à choisir entre le délai de l'art. 580 (qu'on ne peut lui contester) et celui de l'art. 581, et qu'il cumulât les avantages de l'une et de l'autre position » (1).

La Cour de Toulouse a fait application de la même doctrine à l'hypothèse inverse, en décidant, par un arrêt du 28 août 1858, qu'un créancier hypothécaire peut former opposition, même après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation, pourvu qu'il soit encore dans le délai d'un mois que détermine l'art. 580 (2).

(1) Dev.-Car., 57, 2, 17.
(2) Dev.-Car., 60, 2, 90.

La Cour de Colmar a voulu donner une portée plus grande encore à l'art. 581. Elle a décidé, par un arrêt du 19 avril 1860, que l'art. 581 contient la seule règle à suivre pour tout créancier, aussi bien pour un créancier hypothécaire que pour un créancier chirographaire, et que, par conséquent, un créancier hypothécaire peut encore former opposition après l'expiration du délai de l'art. 580, si les délais pour la vérification et l'affirmation des créances ne sont pas expirés. Mais cette décision a été cassée par la Cour suprême, le 23 avril 1861 : « Sans exa-« miner, dit la Cour, si l'art. 581 accorde aux créanciers un « droit plus étendu que le droit résultant de l'art. 580, toujours « est-il que l'art. 581 ne s'applique qu'à ceux qui agissent en « qualité de créanciers, et non à ceux qui, quoiqu'ayant cette « qualité, agiraient dans un autre intérêt et pour sauvegarder « des droits particuliers opposés à ceux de la faillite..... » (1).

La Cour de cassation, on le voit, a évité de se prononcer sur la question de savoir si les créanciers chirographaires ont le droit d'invoquer l'art. 581, et si de même il peut être invoqué contre eux comme étant la règle unique qui les concerne, le délai d'un mois de l'art. 580 ne leur étant jamais applicable. La doctrine de la Cour de Bordeaux me paraît, en définitive, la plus rationnelle.

— Sur l'art. 581 il ne reste plus à examiner que quelques questions de détail.

Nous savons que, même après l'expiration des délais déterminés par les art. 492 et 497, des créanciers peuvent encore se présenter et faire vérifier leurs créances (2). Mais ces créanciers ont évidemment perdu le droit de demander que l'époque de la cessation des paiements soit changée : ce droit, d'après l'art. 581, peut être exercé jusqu'à l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances, c'est-à-dire jusqu'au moment où tout créancier qui n'a pas encore fait vérifier ou qui n'a pas

(1) Dev.-Car., 61, 1, 408.
(2) Voy., ci-dessus, p. 636 et 637.

encore affirmé sa créance est un créancier retardataire (1). La Cour de Poitiers est allée un peu plus loin, en jugeant, par un arrêt du 31 décembre 1856, qu'aucune demande tendant à faire changer l'époque de la cessation des paiements n'est plus recevable une fois qu'il y a concordat ou état d'union : « S'il en était « autrement, dit la Cour, il dépendrait d'un créancier retarda- « taire et négligent d'apporter la perturbation la plus grande, « la plus imprévue, dans des situations acquises et dans les in- « térêts nombreux qui se rattachent à la date de l'ouverture de « la faillite » (2). Ce *considérant* ne s'applique qu'à un créancier retardataire et négligent : en effet, la décision de la Cour de Poitiers paraîtra bien rigoureuse toutes les fois qu'il s'agira d'un créancier domicilié hors du territoire continental de la France, créancier qui peut être encore dans le délai de l'art. 492 *in fine* lorsque le concordat est voté et homologué ou lorsqu'on est déjà en état d'union. Il est à remarquer, d'ailleurs, que notre art. 581 ne parle pas, comme l'art. 502, des délais déterminés par les art. 492 et 497 *à l'égard des personnes domiciliées en France;* il parle, en termes généraux, des délais pour la vérification et l'affirmation des créances. Mais, d'un autre côté, permettre aux créanciers domiciliés en France de venir encore former opposition après l'expiration des délais déterminés relativement à eux, ce serait sans doute aller contre l'intention du législateur ; et pourtant l'esprit de l'art. 581 paraît bien être que, tant qu'un créancier est recevable à former cette opposition, tous y sont recevables (3).

(1) La Cour de cassation s'était cependant prononcée en sens contraire, par un arrêt du 4 janvier 1842. Voy., sur cet arrêt, dont la décision à cet égard ne paraît pas avoir prévalu, la note critique de M. Massé (Dev.-Car., 42, 1, 267). Voy. aussi M. Alauzet, t. IV, n° 1921.

(2) Dev.-Car., 58, 2, 424.

(3) Voy. l'arrêt, déjà cité, de la Cour de cassation du 4 janvier 1842 (Dev.-Car., 42, 1, 267).

Si nous ne tenons pas compte du créancier domicilié en pays étranger, à plus forte raison ferons-nous abstraction de celui qui s'est présenté à la vérification et de qui la créance a été contestée. Comme le dit très-

La loi permet ici à chaque créancier de représenter la masse : tout créancier peut former opposition au jugement qui a fixé l'époque de la cessation des paiements (1) ; et, si l'opposant obtient une fixation différente, cela sera parfaitement valable à l'égard de la masse. Mais, si la loi a ainsi ouvert aux créanciers individuellement une action qui semblait ne devoir appartenir qu'aux syndics, il ne faut point en conclure qu'elle ait voulu interdire à ceux-ci le droit de l'exercer. J'admets donc sans difficulté que la demande dont parle l'art. 581 peut être intentée par les syndics comme par les créanciers, et aux mêmes conditions (2).

Lors même qu'aucune demande tendant à faire changer la date de la cessation des paiements n'aurait été formée, le tribunal peut lui-même, d'office, revenir sur la fixation à laquelle il s'était d'abord arrêté. Mais le peut-il indéfiniment? Les mêmes motifs qui ont fait établir une limite relativement au droit des créanciers s'appliquent en ce qui concerne le droit du tribunal : une fois que les délais de l'art. 581 sont expirés sans qu'aucune demande ait été formée, l'époque de la cessation des poursuites doit demeurer irrévocablement déterminée à l'égard de la masse (3).

bien la Cour de cassation, arrêt du 21 décembre 1858, « il serait aussi « contraire à l'esprit qu'au texte de la loi de 1838, dont le but a été d'accé- « lérer les opérations de la faillite, d'admettre que la vérification n'est « terminée et la déchéance de l'art. 581 encourue que lorsque toutes les « contestations élevées sur les créances ont été définitivement jugées » (Dev.-Car., 59, 1, 469).

(1) Il n'est même pas nécessaire que la créance de l'opposant soit déjà vérifiée et affirmée au moment où l'opposition est formée. Voy. l'arrêt de la Cour d'Agen, du 4 juillet 1851 (Dev.-Car., 52, 2, 31).

(2) Un jugement du tribunal de Remiremont avait décidé que l'opposition des syndics est encore recevable après l'expiration des délais que mentionne l'art. 581. Ce jugement a été infirmé par la Cour de Nancy, et le pourvoi formé contre l'arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes, le 21 décembre 1858 (Dev.-Car., 59, 1, 469).

(3) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 mai 1860. Dans l'espèce, des créances avaient été vérifiées et affirmées le 17 novembre; et, le même jour, le juge-commissaire avait clôturé le procès-verbal de vérification.

Il est bien entendu que, pourvu que la demande ait été formée avant l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances, le jugement qui statue sur cette demande peut intervenir plus ou moins longtemps après. Il résulte également de ce qui vient d'être dit que le créancier ou le syndic qui a formé cette demande ne doit point être considéré comme s'en étant désisté, par cela seul qu'il a consenti à la clôture du procès-verbal de vérification. Enfin il faut admettre que la demande, une fois formée en temps utile, peut être modifiée même après l'expiration des délais, pourvu que les modifications ne portent pas sur la date à laquelle, d'après la demande primitive, devait être reportée la cessation des paiements. Toutes ces décisions ont été consacrées, le 22 janvier 1861, par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1).

La Cour suprême reconnaît que, pendant huitaine à dater du 17 novembre, des créanciers ont pu demander et le tribunal a pu prononcer d'office le changement de la date de la cessation des paiements (Dev.-Car., 60, 1, 406). Comp., ci-dessus, p. 354, note 2.

(1) « Si, aux termes de l'art. 581, dit l'arrêt, aucune demande des « créanciers tendant à faire fixer la date de la cessation des paiements à une « époque autre que celle qui résulte du jugement déclaratif de faillite ou « d'un jugement postérieur, n'est recevable après l'expiration des délais « pour la vérification et l'affirmation des créances, cette disposition de la « loi, loin d'avoir été violée par l'arrêt attaqué, y trouve au contraire son « exacte application. En effet, la demande du syndic, tendant à faire re- « porter l'époque de l'ouverture de la faillite F., soit au 25 décembre 1857, « soit au 15 février 1858, a été présentée au tribunal, le 3 août 1858, et ce n'est « que le 28 octobre 1858 que le juge-commissaire a prononcé la clôture du « procès-verbal de vérification et d'affirmation des créances: ainsi la de- « mande du syndic est antérieure à l'expiration des délais fixés par « l'art. 581. A la vérité, ce n'est pas seulement sur cette première de- « mande qu'a été rendu le jugement du 8 février 1859, qui a fixé au « 5 janvier 1858 l'époque de la cessation des paiements de F., mais aussi « sur une requête postérieure à la clôture du procès-verbal d'affirmation. « Mais l'art. 581 se réfère à la demande des créanciers, et non à l'époque « à laquelle est rendu le jugement qui statue sur cette demande. D'ailleurs, « le jugement du 8 février 1859 n'a pas fait remonter la cessation des paie- « ments au-delà des dates indiquées dans la première demande; il est, au « contraire, resté dans ces limites, puisque cette demande tendait à la « fixation de la cessation de paiements, soit au 25 décembre 1857, soit au

— Nous avons parlé de l'opposition, nous avons maintenant à parler de l'appel. Relativement à cette seconde voie de recours, l'art. 582 s'exprime ainsi : « Le délai d'appel, pour tout « jugement rendu en matière de faillite, sera de quinze jours « seulement à compter du jour de la signification. — Ce délai « sera augmenté, à raison d'un jour par cinq myriamètres, pour « les parties qui seront domiciliées à une distance excédant cinq « myriamètres du lieu où siége le tribunal. » On voit de suite que les règles ordinaires sur l'appel sont modifiées ici en un seul point, en ce qui concerne le délai dans lequel il est permis d'interjeter appel : le délai n'est pas de deux mois, il est de quinze jours à dater de la signification; du reste, à la différence de ce qui a lieu en droit commun, où le délai de deux mois n'est pas augmenté à raison des distances pour les personnes domiciliées en France, ici le délai de quinze jours est augmenté pour la partie qui demeure à plus de cinq myriamètres du lieu où siége le tribunal.

La loi du 3 mai 1862 est venue trancher plusieurs questions qui s'étaient élevées relativement à la manière de calculer le délai. D'après l'art. 4 de cette loi, l'art. 1033 du Code de procédure est remplacé par les dispositions suivantes : « Le jour de « la signification et celui de l'échéance ne sont point comptés « dans le délai général fixé pour les ajournements, les cita- « tions, sommations et autres actes faits à personne ou domi- « cile. — Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq « myriamètres de distance. — Il en sera de même dans tous « les cas prévus, en matière civile et commerciale, lorsque, en « vertu de lois, décrets ou ordonnances, il y a lieu d'augmenter « un délai à raison des distances. — Les fractions de moins de

« 15 février 1858. Ainsi la seconde demande du syndic rentrait dans la « première, qui avait engagé l'instance; et le demandeur en cassation « n'est pas fondé à prétendre que le syndic avait laissé clôturer le procès- « verbal de vérification sans protestation ni réserve et qu'il avait ainsi « exécuté le jugement par défaut qui avait déclaré la faillite et fixé pro- « visoirement son ouverture au 11 mai 1858 » (Dev.-Car., 62, 1, 85).

« quatre myriamètres ne seront pas comptées; les fractions de « quatre myriamètres et au-dessus augmenteront le délai d'un « jour entier (1). — Si le dernier jour du délai est un jour fé- « rié, le délai sera prorogé au lendemain » (2).

La question maintenant est de savoir quels sont précisément les jugements auxquels s'applique notre art. 582. Avant tout, il faut supposer qu'il s'agit d'un jugement rendu *en matière de faillite*. Ces expressions, qui se trouvent également dans l'article 59 n° 7 du Code de procédure, ne doivent évidemment pas s'entendre de tout jugement qui est rendu dans le cours d'une faillite et qui intéresse la masse de cette faillite : ainsi elles ne comprennent certainement pas le jugement rendu sur la poursuite dirigée par les syndics contre un tiers qu'ils prétendent avoir emprunté une somme au failli, ni le jugement rendu sur la revendication exercée par un tiers au sujet d'un immeuble que possédait le failli. Le jugement rendu en matière de faillite est un jugement qui se rattache étroitement aux règles spéciales que la loi a posées sur la faillite, de telle sorte que, s'il n'existait pas dans notre législation un Titre *De la faillite*, la question tranchée par le tribunal n'aurait pas pu s'élever ou du moins aurait dû être décidée d'une autre manière. Voici quelques exemples : le jugement qui déclare la faillite, ou celui qui, sur la demande d'un ou de plusieurs créanciers, prononce qu'il n'y a pas lieu à déclarer la faillite ; le jugement qui fixe l'époque de la cessation des paiements ; le jugement qui prononce qu'un acte est nul de plein droit par application de l'art. 446, ou doit

(1) La Cour de Paris, par un arrêt du 1er juillet 1857, avait jugé qu'on ne doit jamais tenir compte d'aucune fraction de 5 myriamètres. Dans l'espèce, le jugement, qui prononçait sur une revendication de marchandises, avait été signifié le 14 août ; la distance entre le domicile des appelants et Paris était de 507 kilomètres : la Cour décide que l'appel devait être interjeté le 9 septembre au plus tard (Dev.-Car., 58, 2, 89). Aujourd'hui encore, la fraction étant au-dessous de 4 myriam., il faudrait décider de même.

(2) Ici la loi a, en quelque sorte, généralisé la disposition de l'art. 162 *in fine* du Code de commerce.

être annulé par application de l'art. 447 ; le jugement qui homologue un concordat ou qui au contraire refuse de l'homologuer (1); le jugement qui statue sur une revendication exercée en vertu de l'art. 576. Je me borne à ces exemples : il me paraît impossible de donner une énumération limitative, bien que certains arrêts aient essayé de le faire (2).

(1) Le jugement rendu sur l'interprétation d'un concordat entre le failli concordataire et un de ses créanciers n'est pas un jugement rendu en matière de faillite : en effet, il ne s'agit ici pour le tribunal que de rechercher le sens attaché par les parties à une certaine clause. Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation, du 27 juillet 1852 (Dev.-Car., 52, 1, 621).

(2) Voy. M. Renouard, t. II, p. 396 et suiv.

Je crois utile de reproduire ici les idées développées par la Cour de cassation, dans les *considérants* de son arrêt du 5 mars 1863. Ces idées me paraissent très-justes.

« En droit, il est bien vrai que les termes de l'art. 582 ne permettent pas « de considérer comme *intervenus en matière de faillite* tous les juge- « ments qui statuent sur les actions intentées par le syndic ou contre le « syndic d'une faillite ; il est certain, au contraire, qu'on ne se trouve *en ma- « tière de faillite*, dans le sens de l'article précité, que quand il s'agit des « demandes auxquelles la faillite a donné naissance. — Dans la cause, il « s'agit de la demande formée par un syndic, au nom des créanciers d'une « société en commandite, contre un commanditaire, pour obliger celui- « ci à rapporter des sommes reçues, en vertu d'inventaires mensongers, « à titre de bénéfices, encore bien que la société n'ait point conquis de bé- « néfices réels. On ne comprend guère qu'une action de ce genre puisse « être exercée avant que la société ne soit atteinte par la faillite ou par « quelque autre cause de dissolution : pendant tout le temps que la so- « ciété existe dans son état normal, les créanciers peuvent bien, s'ils pen- « sent avoir à se plaindre d'un gérant qui distribuerait mal à propos à ses « actionnaires des bénéfices fictifs, provoquer la nomination d'un autre « gérant ; mais ils ne peuvent de plein droit se substituer au représentant « légal de la société, pour exercer en son lieu et place des demandes con- « tre les commanditaires pour les contraindre à restituer ce qu'ils ont « reçu. Sous ce premier rapport, il est vrai de dire qu'en général c'est « la faillite du gérant qui ouvre le droit des créanciers et permet l'exer- « cice de leur action en restitution. D'ailleurs, sans qu'il soit besoin d'exa- « miner hypothétiquement tous les cas dans lesquels un créancier peut « demander à un commanditaire la restitution de ses bénéfices, il est « certain que, dans la cause, c'est la faillite seule qui a donné naissance à « la demande portée devant le tribunal de commerce de Marseille ; c'est « la faillite qui, découvrant à la fois les actes frauduleux du gérant et « l'impossibilité où il était de tenir ses engagements envers les créanciers,

Mais, même en supposant un jugement rendu en matière de faillite, sera-t-il toujours possible d'appliquer la règle de notre art. 582, qui veut que l'appel soit interjeté dans la quinzaine de la signification? Bien des difficultés se sont élevées à cet égard dans la pratique. D'abord on s'est demandé quel doit être le point de départ du délai donné pour interjeter appel lorsque le jugement a été rendu par défaut : ne faut-il pas dire que, conformément à la règle générale posée par les art. 443 du Code de procédure et 645 du Code de commerce, ce point de départ doit être le jour où l'opposition n'est plus recevable? Telle est l'opinion de plusieurs auteurs (1); et cette opinion a été consacrée par la Cour de Bordeaux (6 avril 1859) : « Le texte « de la loi, dit la Cour, ne porte aucune disposition de laquelle « on doive induire nécessairement que, pour les jugements par « défaut, le délai nouveau de quinzaine ne courra pas, comme « précédemment celui de trois mois, à compter seulement du « jour de l'expiration du délai de l'opposition. Il y a d'autant « plus lieu de douter que telle ait été la pensée du législateur, « que, dans le projet de loi, immédiatement avant l'art. 582, se « trouvait un article qui refusait le droit d'appel contre les ju-

« a créé pour ceux-ci l'intérêt qu'ils avaient à s'en prendre aux actionnaires « et les a armés d'un droit qu'ils ne possédaient pas auparavant. Ce débat, « où des créanciers et des commanditaires se renvoyaient réciproque- « ment les chances de perte en discutant les actes du gérant, et dans le- « quel les uns voulaient garder ce qu'ils avaient reçu pendant que les « autres voulaient reprendre ce qui avait été abusivement donné, consti- « tuait bien un procès de faillite, parce que c'était un procès enfanté par « l'événement de la faillite. Dans ces circonstances, l'arrêt attaqué a sai- « nement interprété l'art. 582, en l'appliquant à l'appel sur lequel il a « statué. » Cet appel avait été interjeté par des créanciers de la société en faillite contre un jugement qui avait relaxé de leurs poursuites en restitution de dividendes un actionnaire de la société ; il avait été interjeté plus de quinze jours après la signification du jugement, mais moins de trois mois après ladite signification (Dev.-Car., 63, 1, 137).

Si j'ai fait cette longue citation, c'est surtout pour montrer qu'il n'est pas possible de donner *a priori* une liste complète des jugements qui sont rendus en matière de faillite et auxquels doit être appliqué l'art. 582.

(1) Voy. M. Alauzet, t. IV, n° 1924.

« gements par défaut quand il n'y aurait pas été formé opposi-
« tion : dans ce système, l'art. 582 concernait évidemment,
« d'une manière exclusive, les jugements contradictoires; la
« suppression de la disposition précitée ne peut pas avoir eu
« pour effet d'étendre, quant aux jugements par défaut, la portée
« de l'art. 582 qui leur devenait applicable » (1). La Cour de Douai a jugé, au contraire, par son arrêt du 14 mai 1853, qu'en présence du texte de l'art. 582 il est impossible de distinguer ainsi entre le jugement contradictoire et le jugement par défaut, que dans tous les cas le délai court du jour de la signification du jugement (2). Je suis tout à fait de cet avis (3). Les derniers mots des *considérants* de la Cour de Bordeaux que je viens de rapporter me paraissent même impliquer contradiction : pour être conséquente, la Cour devait dire non-seulement que le point de départ du délai est le jour où l'opposition n'est plus recevable, mais que le délai lui-même est de trois mois. En effet, de deux choses, l'une : ou notre art. 582 est absolument étranger aux jugements par défaut, comme il l'était dans le projet, ou bien au contraire, par suite de la suppression de la disposition du projet, il y est devenu parfaitement applicable. Mais il est arbitraire de dire qu'il s'y applique sur un point, non sur un autre.

Spécialement en ce qui concerne le jugement déclaratif de faillite, on s'est d'abord demandé si les parties qui pourraient l'attaquer par la voie de l'opposition conformément à l'art. 580 seraient recevables, en laissant de côté cette voie, à interjeter appel. L'affirmative ne paraît pas douteuse : le droit commun est que celui qui a la voie de l'opposition peut négliger cette voie et prendre de suite la voie de l'appel; la loi commerciale ne contient certainement aucune dérogation à cette règle du droit

(1) Dev.-Car., 59, 2, 602.
(2) Dev.-Car., 55, 2, 589.
(3) Voy. aussi M. Renouard, t. II, p. 402. C'est par erreur que M. Renouard cite l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juillet 1856 comme ayant statué sur la question.

commun (1). Mais, cela une fois admis, quel sera le point de départ du délai pour interjeter appel? Plusieurs arrêts décident que, la signification du jugement déclaratif n'étant nullement requise par la loi, le point de départ du délai ne peut être que le jour où l'opposition n'est plus recevable (2). Cette doctrine est évidemment contraire à la disposition de notre art. 582 : aussi la jurisprudence paraît-elle l'avoir définitivement abandonnée. Comme le disait en 1851 la Cour de cassation (3), « l'art. 582 « s'applique dans sa généralité au jugement qui prononce sur « la déclaration de faillite, comme à toute autre décision de pre- « mière instance en matière de faillite ; il ne distingue point, « quant à la détermination du point de départ du délai de l'ap- « pel, soit entre les jugements déclaratifs de faillite et tous « autres jugements en matière de faillite, soit entre les juge- « ments qui prononcent contradictoirement la déclaration de « faillite entre les créanciers et le commerçant failli et les ju- « gements qui statuent d'office et par défaut... » (4).

De même, en sens inverse, lorsque des créanciers demandaient que leur débiteur fût déclaré en faillite et que le tribunal a rejeté leur demande, le débiteur doit avoir soin de leur signifier le jugement, afin de faire courir contre eux le délai d'appel (5).

Nous savons que l'opposition au jugement déclaratif peut être formée même par des personnes qui n'ont pas été en cause. Il en est autrement en ce qui concerne l'appel : la loi n'ayant pas

(1) Voy. en ce sens M. Renouard, t. II, p. 377, et un arrêt de la Cour de Montpellier, du 10 mars 1844 (Dev.-Car., 45, 2, 280).

(2) En ce sens, voy. notamment l'arrêt de la Cour de Montpellier, du 10 mars 1844, un arrêt de la Cour d'Amiens, du 9 février 1850, et un arrêt de la Cour de Douai, du 6 mai 1850 (Dev.-Car., 50, 2, 441).

(3) Arrêt du 23 juin 1851, qui casse l'arrêt de la Cour d'Amiens du 9 février 1850 (Dev.-Car., 51, 1, 494).

(4) Voy., dans le même sens : Paris, 22 avril 1858 (Dev.-Car., 58, 2, 422); Lyon, 28 août 1860, et Toulouse, 16 mai 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 492).

(5) Voy. en ce sens un arrêt de la Cour de Poitiers, du 4 juillet 1860 (Dev.-Car., 60, 2, 586). Voy. cependant M. Renouard, t. II, p. 402.

ici dérogé au droit commun, il faut dire que celui-là seul peut interjeter appel qui a été partie principale ou intervenante en 1re instance (1). — Maintenant, contre qui l'appel sera-t-il interjeté? Contre les créanciers qui ont provoqué le jugement déclaratif, s'il a été provoqué par certains créanciers, et, dans tous les cas, contre les syndics, qui représentent l'intérêt de la masse des créanciers. En effet, comme le dit la Cour de Paris (arrêt du 30 juin 1862), « le créancier qui poursuit une déclaration « de faillite agit dans son intérêt personnel et reste maître de « son action jusqu'au jour où la faillite est déclarée ; mais, « après cette déclaration, le jugement appartient à la masse « des créanciers, représentée par le syndic : c'est à celui-ci qu'ap- « partient l'exécution du jugement, et dès lors c'est contre lui « que sa réformation doit être demandée... » (2).

Enfin la question s'est souvent présentée devant les tribunaux de savoir si la disposition de notre art. 582 est applicable au jugement qui statue sur l'excusabilité du failli. Sans difficulté ce jugement est susceptible d'appel : dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834 il figurait au nombre des jugements pour lesquels l'art. 583 exclut l'opposition, l'appel, le recours en cassation ; mais le projet a été modifié sur ce point. Reste à savoir quel sera le délai de l'appel. On peut soutenir, et on a soutenu, que ce ne doit pas être le délai de quinzaine à dater de la signification. En effet, d'abord ce jugement sur la question d'excusabilité intervient nécessairement à une époque où l'union est dissoute (voy., ci-dessus, p. 640 et 641) : c'est donc un jugement *après faillite*, et non pas un jugement *en matière de faillite* (3). D'ailleurs on ne comprend pas ici une signification du jugement, attendu qu'il n'y a plus de syndics pour la recevoir si le failli est déclaré excusable, pour la faire s'il est déclaré non excusable. En conséquence, on propose

(1) Voy. M. Renouard, t. II, p. 377.
(2) Dev.-Car., 62, 2, 358.
(3) Expressions de M. Bédarride, t. II, n° 841.

d'appliquer ici par analogie ce que l'art. 358 du Code de procédure décide relativement au jugement qui a statué sur la demande en rectification d'un acte de l'état civil, lorsqu'il n'y avait d'autre partie que le demandeur en rectification. Dans ce système, le failli ou le créancier qui veut interjeter appel du jugement doit, dans les trois mois (aujourd'hui dans les deux mois) depuis la date du jugement, se pourvoir à la Cour impériale, en présentant une requête au président. Ce système a été consacré par plusieurs arrêts (1); mais la jurisprudence paraît l'avoir abandonné. Il est généralement admis aujourd'hui qu'il faut appliquer purement et simplement la règle de l'art. 582; la Cour de cassation vient même de se prononcer en ce sens (2). J'aurais beaucoup de peine à me rallier à cette doctrine. D'une part, ceux qui l'admettent forcent évidemment le sens de l'art. 537 *in fine*, quand ils disent que la dissolution de l'union ne devient définitive qu'après que le tribunal a statué sur l'excusabilité du failli; et, d'autre part, ils ne suivent pas cette idée dans ses conséquences naturelles, ils n'ont réellement pas le courage de leur opinion, lorsque, tout en exigeant une signification pour faire courir le délai d'appel, ils n'osent pas dire qu'elle sera faite aux syndics ou par les syndics (3).

(1) Voy. notamment Bourges, 11 février 1851 (Dev.-Car., 52, 2, 81), et Amiens, 11 décembre 1855 (Dev.-Car., 56, 2, 232). M. l'avocat-général Neveu-Lemaire, donnant ses conclusions dans l'affaire sur laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour de Bourges, proposait de permettre au failli ou au créancier d'interjeter appel par voie de requête, *dans la quinzaine à dater du jugement*. Je ne crois pas qu'on puisse scinder ainsi l'application de notre art. 582.

(2) Voy. Rouen, 28 juillet 1858 (Dev.-Car., 59, 2, 167); Orléans, 28 mars 1860 (Dev.-Car., 61, 2, 27); Chambre des requêtes, 21 juillet 1863 (*Gaz. des Trib.* du 22 juillet).

(3) Je tiens pour très-exactes les idées suivantes que je trouve développées dans les *considérants* de l'arrêt rendu par la Cour d'Amiens le 11 décembre 1855 : « L'art. 538 du Code de commerce ne prescrit point « que les créanciers ni même le failli soient en cause lorsque le jugement sur l'excusabilité est rendu, au rapport du juge-commissaire : « l'appel peut donc être interjeté par requête, comme dans toutes les « causes où la partie appelante n'a point de contradicteur néces-

— Pour terminer ce qui concerne les voies de recours contre les jugements rendus en matière de faillite, il reste quelques mots à dire sur l'art. 583. Cet article est ainsi conçu : « Ne se- « ront susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en « cassation : 1° Les jugements relatifs à la nomination ou au « remplacement du juge-commissaire (1), à la nomination ou à « la révocation des syndics (2) ; — 2° Les jugements qui sta- « tuent sur les demandes de sauf-conduit (3), et sur celles de « secours pour le failli et sa famille (4) ; — 3° Les jugements « qui autorisent à vendre les effets ou marchandises apparte- « nant à la faillite (5) ; — 4° Les jugements qui prononcent « sursis au concordat ou admission provisionnelle de créanciers « contestés (6) ; — 5° Les jugements par lesquels le tribunal de

« saire. — La disposition exceptionnelle de l'art. 582 a pour but de sim- « plifier la procédure et d'abréger les délais qui tiennent en suspens les « intérêts d'une masse de créanciers : ainsi cet article n'est applicable « qu'aux contestations qui, nées de la faillite, intéressent en même temps « son administration et sa procédure spéciale. Si la question de l'excu- « sabilité du failli est née de la faillite, elle ne présente pas les autres ca- « ractères nécessaires à l'abréviation des délais... » J'ajoute qu'en réalité la question d'excusabilité se débat entre le failli et les créanciers de la faillite ; mais ces créanciers ont cessé de former une masse représentée par des syndics, et il est impossible d'exiger une signification faite par le failli à tous ses créanciers individuellement ou au failli par tous ses créanciers individuellement.

Je serais également d'avis, bien que la question me paraisse encore un peu plus embarrassante, d'appliquer par analogie l'art. 858 du Code de procédure au cas où les syndics ont demandé au tribunal, par voie de requête et sans avoir aucun contradicteur, de changer l'époque de la cessation des paiements, et où, le tribunal n'ayant pas fait droit à leur demande, ils veulent interjeter appel de sa décision. Certes, nous avons bien ici un jugement rendu en matière de faillite ; mais peut-on concevoir qu'il soit signifié ? Comp. l'arrêt de la Cour d'Agen du 20 juin 1855 (Dev.-Car., 56, 2, 198), et M. Renouard, t. II, p. 379.

(1) Voy. les art. 451 et 454 ; ci-dessus, p. 94 et suiv.

(2) Voy. les art. 462, 467 et 529 ; ci-dessus, p. 79 et suiv., 306 et suiv.

(3) Voy. les art. 456, 472 et 473 ; ci-dessus, p. 149 et suiv., 320 et suiv.

(4) Voy. les art. 474 et 530 ; ci-dessus, p. 319, 495 et suiv.

(5) Voy. les art. 470 et 486 ; ci-dessus, p. 312 et 313, 335 et suiv.

(6) Voy. les art. 499 et 500 ; ci-dessus, p. 358 et suiv.

« commerce statue sur les recours formés contre les ordonnan-
« ces rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses
« attributions » (1).

Si l'on se reporte à l'article correspondant du projet présenté par le Gouvernement en 1834, on voit que cet article a subi un assez grand nombre de modifications avant de devenir un article de loi. Je vais les indiquer rapidement :

1° L'article du projet n'excluait pas le recours en cassation ; c'est sur un amendement proposé par la première Commission de la Chambre des députés que le recours en cassation a été ajouté à l'opposition et à l'appel. Du reste, ce qui a facilité l'adoption de cet amendement, c'est que, comme nous allons le voir, on a effacé la mention de certains jugements qui étaient compris dans l'énumération du projet.

2° L'article du projet n'admettait pas de recours contre le jugement qui prononce sur l'excusabilité du failli. La mention de ce jugement a été supprimée par la Chambre des députés.

3° D'après le projet du Gouvernement, adopté par la Chambre des députés, il n'y avait pas de recours possible contre le jugement qui autorise l'union à traiter à forfait (voy. l'art. 570). Ceci a été retranché, à la demande de la première Commission de la Chambre des pairs.

4° Enfin, dans le projet il était dit : « Aucun jugement rendu « par défaut en matière de faillite ne sera susceptible d'appel « que de la part de ceux qui y auront formé opposition. » La première et la seconde Commission de la Chambre des pairs demandèrent le retranchement de cette disposition, et le Gouvernement finit par y adhérer.

Sur cet art. 583 je n'ai plus que quelques observations de détail à présenter.

Le 1° parle des jugements *relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des syndics*. Le juge-commissaire et les syndics provisoires sont

(1) Voy. l'art. 453 ; ci-dessus, p. 103, note.

nommés par le jugement même qui déclare la faillite (voy. les art. 451 et 462). Il est bien évident que ce qui n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation, ce n'est pas le jugement déclaratif comme tel, c'est seulement la partie de ce jugement qui désigne le juge-commissaire et les syndics provisoires.

Le 2° parle d'abord des jugements *qui statuent sur les demandes de sauf-conduit*. Ainsi, le juge-commissaire ou le failli a demandé un sauf-conduit pour celui-ci : le jugement qui l'accorde ou qui le refuse n'est pas susceptible d'appel. Mais *quid* s'il y avait eu demande en révocation du sauf-conduit précédemment accordé? le jugement qui statue sur cette demande est-il également régi par notre art. 583? Je crois qu'il serait contraire à l'esprit de la loi de distinguer entre les deux cas : le législateur paraît bien avoir voulu que le tribunal jugeât souverainement toutes les questions relatives au sauf-conduit. Permettre au failli de se pourvoir contre le jugement qui révoque le sauf-conduit, ce n'est pas en réalité un système bien favorable à la liberté: si ce système était une fois admis, les syndics résisteraient avec bien plus de force aux demandes de sauf-conduit, et le tribunal, jaloux de son autorité, serait bien plus difficile pour les accueillir (1).

Ce même 2°, en tant qu'il parle des jugements *qui statuent sur les demandes de secours pour le failli et sa famille*, paraît faire double emploi avec le 5°. En effet, d'une part, le secours alimentaire est fixé par le juge-commissaire, sauf appel au tribunal (voy. les art. 474 et 530); et, d'autre part, le 5° de notre art. 583 décide, en termes généraux, que l'opposition, l'appel ni le recours en cassation ne sont possibles contre les jugements *par lesquels le tribunal de commerce statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions.*

(1) Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de Lyon, du 30 juin 1847 (Dev.-Car., 48, 2, 86).

La rédaction du 3° donne lieu à une difficulté sur laquelle j'ai déjà eu l'occasion de m'expliquer (1).

Le 4° parle des jugements *qui prononcent sursis au concordat ou admission provisionnelle de créanciers contestés.* On s'est demandé si cette disposition comprend le jugement qui, après l'admission provisionnelle d'un créancier contesté, ordonne qu'il sera passé outre aux opérations de la faillite et spécialement au vote sur le concordat (voy. les art. 499 et 500). La Cour de Paris (2) s'est prononcée avec raison pour l'affirmative. En effet, comme elle le dit très-bien dans les *considérants* de son arrêt, « l'admission provisionnelle du créancier au passif de la faillite « pour une somme déterminée n'a et ne peut avoir d'autre ré- « sultat légal que celui d'amener la convocation de l'assemblée « générale des créanciers du failli. Dès lors, en interdisant la « voie d'opposition et d'appel contre le jugement d'admission « provisionnelle, la loi a par là même frappé du même interdit « tout recours contre celui qui en est la suite et qui ordonne, « en conséquence, qu'il sera passé outre aux opérations de la « faillite. »

Maintenant, supposons que le tribunal a prononcé qu'il ne sera pas sursis au concordat et que le créancier contesté ne sera pas admis par provision. Évidemment notre art. 583 n'est pas applicable à ce jugement : par conséquent, l'appel est possible dans les termes du droit commun (3). Seulement, il ne faut pas oublier qu'en matière commerciale un jugement est toujours, et de plein droit, exécutoire par provision (voy. les art. 439 du C. de proc. et 647 du C. de comm.) : il en résulte que, malgré l'appel interjeté par le créancier du jugement qui prononce qu'il ne sera pas sursis, les opérations de la faillite suivront leur cours en vertu de ce jugement.

Enfin le 5e s'occupe des jugements *par lesquels le tribunal de*

(1) Voy., ci-dessus, p. 336, note 2.
(2) Arrêt du 18 octobre 1855 (Dev.-Car., 57, 2, 142).
(3) Comp., ci-dessus, p. 360, note.

commerce statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions. Il faut évidemment conclure de ces derniers mots que, si l'ordonnance du juge-commissaire avait été attaquée comme n'étant pas dans les limites de ses attributions, comme étant incompétemment rendue, le jugement du tribunal serait susceptible des voies de recours autorisées par le droit commun.

APPENDICE.

FAILLITE DES SOCIÉTÉS (Ch. D.).

Nous avons déjà dit quelques mots de la faillite des sociétés (1). Je me propose ici de jeter un coup d'œil rapide sur les principales questions auxquelles cette matière peut donner lieu.

Les trois espèces de sociétés que reconnaît notre Code (art. 19) sont des personnes, et des personnes faisant le commerce. Il s'ensuit nécessairement qu'il peut y avoir faillite d'une société en commandite ou d'une société anonyme, tout aussi bien que d'une société en nom collectif. Les art. 438 et 458 ne parlent, il est vrai, que de la société en nom collectif; cela ne tient point à ce que seule la société dont il s'agit serait susceptible d'être déclarée en faillite, cela tient à ce que pour elle le législateur a jugé utile d'écrire des prescriptions particulières (2), tandis que pour les deux autres les prescriptions générales du Titre *De la faillite* ont paru suffisantes. La question s'est présentée plusieurs fois dans la pratique à propos de sociétés anonymes; elle a toujours été jugée dans le sens de la possibilité d'une décla-

(1) Voy., ci-dessus, p. 477 et 478.

(2) « La déclaration au greffe, dit l'art. 438, contiendra le nom et l'in-« dication du domicile de chacun des associés solidaires. » — « Les scellés « seront apposés, dit de son côté l'art. 458, non-seulement dans le siége « principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun « des associés solidaires. » Ces prescriptions, du reste, devront être étendues au cas de société en commandite, pour autant qu'il s'agira d'associés en nom (voy. les art. 23 et 24).

ration de faillite. Quelle est l'objection un peu sérieuse qui pourrait être faite à cette décision? La voici, telle que la formule M. Renouard (t. 1, p. 261) : « Une faillite, avec le changement d'état qu'entraîne la perte de droits civils ou commerciaux qui y est attachée, — une faillite, qui suppose la déclaration du nom des faillis, la représentation de leur personne, leur emprisonnement en certains cas, paraît un état impossible si on veut l'appliquer, non à des personnes réelles, mais à des capitaux qui sont des choses. Tout ce qu'il peut y avoir, c'est une liquidation forcée; le parti le plus simple et le plus logique serait de se borner à appeler la chose par son nom » (1). Cette objection a été victorieusement réfutée. Comme le dit très-bien la Cour de Paris (arrêt du 27 novembre 1852), « les dispositions de la loi en matière de faillite n'ont pas seulement pour but de protéger la personne et les biens du failli et de le soustraire aux poursuites individuelles qui pourraient être exercées contre lui, mais aussi et surtout d'assurer les intérêts des créanciers, de les saisir dès le principe de leur gage, c'est-à-dire de l'actif de leur débiteur, et d'en faire opérer une répartition d'autant plus sûre et légale entre tous que la liquidation a lieu sous la surveillance de la justice et avec toutes les garanties qu'elle peut accorder. Si, en cas de cessation de paiements de la part d'une société anonyme, toutes les formalités relatives à la personne du failli ne peuvent pas être accomplies, il en est de même lorsque, dans tout autre cas, le failli est absent ou décédé, ce qui ne met pas obstacle à la déclaration de faillite et aux opérations qui en sont la conséquence, et toutes les dispositions qui concernent les créanciers peuvent toujours être exécutées. D'une part, les administrateurs ou liquidateurs restent les représentants de la société pour exercer en son nom les droits que la loi accorde au failli, soit pour recevoir le compte, soit pour procéder, s'il y a lieu, au concordat ou au contrat d'union;

(1) V y., dans le même sens, M. Massé, t. II, n° 1169.

« de l'autre, les créanciers, représentés par leurs syndics, peu-
« vent, comme dans toute autre faillite, défendre leurs intérêts,
« attaquer les actes qui auraient pu être faits en fraude de leurs
« droits et veiller à la répartition de l'actif » (1).

La Cour de cassation a même consacré cette doctrine dans un cas où il y avait une raison particulière de douter qu'elle fût applicable, dans un cas où il s'agissait d'une compagnie formée pour la création et l'exploitation d'un chemin de fer, lequel était frappé de séquestre. Je laisse parler la Cour : « Une
« société anonyme, formée pour la création et l'exploitation
« d'un chemin fer, est par sa nature et son objet une société
« essentiellement commerciale, le transport des voyageurs et
« des marchandises étant le but de l'entreprise pour laquelle
« elle est constituée. Aux termes de l'art. 437, tout commer-
« çant qui cesse ses paiements est en état de faillite; cette dis-
« position, formulée dans les termes les plus absolus, ne com-
« porte aucune exception, et doit s'appliquer aux sociétés dont
« il s'agit, à moins que leur constitution et les statuts qui les
« régissent ne résistent à l'état de faillite et à la gestion d'un
« syndic qui en est la conséquence.—Rien dans l'organisation de
« la compagnie demanderesse ni dans les conditions sous les-
« quelles elle fonctionne ne s'oppose à sa mise en faillite. En
« effet, il importe peu à cet égard qu'elle soit placée dans la dé-
« pendance et sous la direction de l'Administration, dont elle
« reçoit l'impulsion : le contrôle de l'Administration ne s'exerce
« que dans l'intérêt général et pour assurer le service public
« confié à la compagnie concessionnaire; en ce qui touche ses
« intérêts privés, la société conserve son indépendance et son
« initiative, dans la limite de ses statuts; le contrôle du Gouver-
« nement ne fait pas plus obstacle à la gestion d'un syndic qu'à
« la gestion des administrateurs de la société tant qu'elle est
« *in bonis*. — C'est tout aussi vainement que le pourvoi vou-
« drait voir dans le séquestre dont un décret impérial a frappé

(1) Dev.-Car., 52, 2, 662.

« le chemin de fer une situation inconciliable avec l'état de « faillite. En effet, la mise en séquestre, nécessitée par l'im- « possibilité momentanée dans laquelle se trouvait la compa- « gnie de remplir ses engagements vis à vis de l'État, n'est « qu'une mesure provisoire, qui n'emporte ni confiscation ni « déchéance..... » (1).

La Cour de cassation décide par le même arrêt, ce qui ne pouvait guère faire de doute, que les porteurs d'*obligations* sont, à tous égards, de véritables créanciers, et qu'ils ont, en cette qualité, le droit de provoquer la mise en faillite de la société, leur débitrice, lorsqu'elle ne remplit pas vis à vis d'eux ses engagements.

— L'art. 438 dit qu'en cas de faillite d'une société en nom collectif, la déclaration sera faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siége du principal établissement de la société. Il est clair que cette disposition s'applique également en cas de faillite d'une société en commandite ou d'une société anonyme. Dans tous les cas, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel la société a son principal établissement (2).

— Le jugement qui déclare la faillite d'une société entraîne-t-il par là même la dissolution de cette société? Plusieurs auteurs admettent l'affirmative: ils argumentent, par analogie, de l'art. 1865 du Code Napoléon, qui porte que la société finit par la déconfiture de l'un des associés ou par l'extinction de la chose sociale. Je crois qu'il y a là une erreur : je n'aperçois point d'analogie entre le cas où la société est mise en faillite et les deux cas indiqués par l'art. 1865 du Code Napoléon. J'ajoute que les créanciers d'une société qui est en faillite peuvent cer-

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 14 juillet 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 938).

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 mai 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 461). Il s'agissait, dans l'espèce, d'une société en commandite; il n'y avait qu'un associé en nom. La faillite avait été déclarée par le tribunal de la Seine et par le tribunal du Mans.

tainement lui accorder un concordat : car la loi, ne l'ayant point défendu, l'a par là même permis. Or, le concordat consenti à la société en faillite implique nécessairement que cette société a encore une personnalité propre (1). — Par application de cette doctrine, la Cour de Lyon a jugé que, le concordat consenti à la société étant une fois homologué, le gérant se trouve avoir qualité pour poursuivre un débiteur de la société et pour se substituer au syndic dans une instance déjà entamée par celui-ci (2).

— Lorsqu'une société en nom collectif ou en commandite est déclarée en faillite, le jugement déclaratif atteint-il, non-seulement l'être moral *société*, mais aussi les associés en nom? C'est une question sur laquelle on a beaucoup discuté. Mais l'affirmative semble bien résulter de plusieurs articles de la loi de 1838, et notamment de l'art. 531. Aussi M. Bravard, qui, *a priori* et en principe pur, pensait que la faillite de la société ne doit pas entraîner celle des différents associés, a-t-il attaqué avec beaucoup de vivacité, dans son *Examen comparatif*, la disposition de cet art. 531 (art. 528 du projet) : « Je ne crains « pas de le dire, écrivait-il (p. 107), cette disposition tant vantée « est peut-être l'une des plus défectueuses et des moins justifia- « bles du nouveau projet. Elle est, en effet, inconciliable avec « un principe fondamental, hors de toute contestation, reconnu « par tous les auteurs et par toutes les Cours, savoir que la so- « ciété est une personne civile, qui a son individualité propre, « distincte de celle de chacun de ses membres, qui a son actif « et son passif parfaitement distincts de l'actif et du passif par- « ticulier de chacun des associés. Quand donc la société tombe « en faillite, il ne s'ensuit pas pour cela que les associés soient « eux-mêmes personnellement en faillite.» Il y a là, si je ne me trompe, une étrange confusion. Sans doute c'est un principe in-

(1) Je vais plus loin : je crois que la société, même réellement dissoute, reste encore une personne, du moins à certains points de vue, tant que la liquidation n'est pas terminée.

(2) Arrêt du 3 juillet 1862 (Dev.-Car., 63, 2, 139).

contestable et incontesté que la société commerciale a une personnalité propre, un patrimoine sur lequel les créanciers particuliers de chaque associé ne peuvent pas venir en concours avec les créanciers sociaux. Mais, à côté de ce principe, il en existe un autre, tout aussi incontestable et tout aussi incontesté, que M. Bravard avait malheureusement perdu de vue en écrivant ce passage : c'est que les associés en nom sont tenus indéfiniment de tous les engagements de la société (voy. les art. 22 et 23). Donc les dettes sociales sont en même temps les dettes des associés : donc la société ne peut pas cesser ses paiements sans que nous soyons fondés à dire de chaque associé qu'il est en état de cessation de paiements : donc enfin le jugement qui déclare la faillite de l'être moral *société* déclare nécessairement la faillite de chacun des associés responsables (1).

Du reste, cette doctrine est universellement admise aujourd'hui. Comme le dit très-bien la Cour de cassation, « l'associé « en nom collectif, directement et solidairement tenu de tous « les engagements de la société, est personnellement en état de « cessation de paiements dès l'instant qu'il laisse en souffrance « les dettes sociales, qui sont les siennes... A cet égard, la loi « ne laisse aucun doute, et il résulte de ses dispositions les plus « formelles que, dans sa pensée, la faillite de la société consti- « tue de plein droit en état de faillite chacun des associés en « nom collectif : autrement, on ne s'expliquerait ni l'art. 438, « qui veut qu'en cas de faillite d'une société en nom collectif la « déclaration contienne le nom et le domicile de chacun des « associés solidaires, ni l'art. 458, qui prescrit l'apposition des « scellés au domicile de chacun de ces associés, ni surtout l'ar- « ticle 531, qui autorise les créanciers de la société en faillite « à n'accorder de concordat qu'en faveur d'un ou de plusieurs « des associés » (2). Et la Cour de cassation arrive à cette con-

(1) Il va de soi que la réciproque n'est pas vraie : la faillite d'un associé n'implique en aucune façon la faillite de la société.

(2) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 17 avril 1861 (Dev.-Car., 61, 1 ,609). — Voy. aussi M. Bédarride, t. I, n° 35 *bis*.

séquence que les paiements faits par un associé à son créancier personnel, celui-ci sachant que la société était en état de cessation de paiements, doivent être annulés par application de l'article 447 : en effet, l'époque où la société a cessé ses paiements est nécessairement l'époque où l'associé a cessé les siens.

Ainsi, un seul jugement déclaratif suffit pour constituer en état de faillite et la société et tous les associés en nom, lors même que tous ces associés ne seraient pas domiciliés dans le ressort du tribunal qui a rendu ce jugement. J'en conclus qu'il n'y aura qu'un seul juge-commissaire et qu'un seul syndicat : car c'est toujours le même tribunal qui a déclaré la faillite qui doit nommer le juge-commissaire et les syndics (1). Mais il ne s'ensuit point qu'il ne devra jamais y avoir qu'une seule masse de créanciers : en effet, on conçoit que les créanciers personnels d'un associé délibèrent et participent à toutes les opérations de la faillite avec les créanciers sociaux, quand il s'agira de leur débiteur et de son actif propre, non quand il s'agira des autres associés ou de l'actif appartenant à l'être moral *société* (2). Ceci, j'espère, va s'éclaircir par quelques exemples :

1° Une société a été déclarée en faillite ; un sauf-conduit provisoire a été accordé par le tribunal, conformément aux articles 472 et 473, à l'associé Primus. Nous disons sans difficulté qu'aucune poursuite à fin de contrainte par corps ne peut être exercée contre Primus, pas plus par ses créanciers personnels que par les créanciers sociaux. C'est mal à propos que la Cour

(1) Voy., en ce sens, M. Bédarride, t. I, no 35 *ter*. M. Lainné pense, au contraire, que, s'il y a réclamation des créanciers personnels d'un associé, il faudra nommer à sa faillite un syndic particulier (*Revue de droit français et étranger*, t. II, p. 801 et suiv.).

(2) La Cour de Douai a voulu exprimer la même idée, lorsqu'elle a dit, dans les *considérants* de son arrêt du 7 juin 1859 : « Il ne saurait y avoir, « à l'occasion de la même faillite, deux administrations indépendantes « l'une de l'autre, deux vérifications de créances, deux tribunaux d'attri- « bution : il en pourrait résulter des décisions contradictoires. Si les inté- « rêts opposés des créanciers peuvent leur donner des droits distincts sur « l'avoir du failli et amener la formation de deux masses, il n'en résulte « aucunement la nécessité d'établir deux faillites » (Dev.-Car., 60, 2, 84).

de Paris a jugé, par son arrêt du 15 janvier 1859, que les créanciers personnels de Primus conservent le droit de le faire emprisonner (1). La Cour est partie de cette idée, absolument fausse, que, par suite du jugement qui déclare la faillite de la société, l'associé est en faillite comme tel et vis à vis des créanciers sociaux, mais non pas vis à vis de ses créanciers personnels. Il est élémentaire que chez nous l'état de faillite est indivisible, qu'on ne peut pas être failli seulement au regard de certaines personnes.

2° Quand il s'agira de la vérification des créances, voici la règle bien simple qui devra être suivie : Est-ce un créancier de la société qui se présente pour être vérifié : tous les créanciers sociaux et tous les créanciers personnels des différents associés pourront, dans les termes de l'art. 494, assister à la vérification et fournir des contredits. Est-ce, au contraire, un créancier personnel de l'associé Primus qui se présente pour être vérifié : les créanciers sociaux et les créanciers personnels de Primus, mais non les créanciers personnels des autres associés, pourront user du droit ouvert par l'art. 494.

3° Comment déciderons-nous la question de savoir si l'exploitation de l'actif doit ou non être continuée? Supposons qu'il s'agit d'une usine appartenant à la société : ce sont seulement les créanciers sociaux qui seront appelés à délibérer, et c'est seulement en tenant compte de ces créanciers qu'on verra si la double majorité des trois quarts exigée par l'art. 532 est ou non obtenue. Supposons, au contraire, qu'il s'agit d'une usine appartenant en propre à l'un des associés : alors nous appellerons à délibérer et les créanciers sociaux et les créanciers personnels de cet associé.

4° Un concordat peut être accordé à la société : c'est uniquement parmi les créanciers sociaux que doit être obtenue la double majorité exigée par l'art. 507. Du reste, de ce que la société a le bénéfice d'un concordat, il ne s'ensuit point que le même

(1) Dev.-Car., 59,2, 291.

bénéfice appartienne à chacun des associés (1) : celui-là seul sera concordataire qui aura obtenu la double majorité sur une masse de créanciers formée des créanciers sociaux et de ses créanciers personnels (2). — Réciproquement, il peut arriver que la société n'obtienne pas de concordat, et que ce bénéfice soit au contraire accordé à l'un ou à quelques-uns des associés. C'est ce dernier cas qui est prévu dans l'art. 531, dont voici le texte : « Lorsqu'une société de commerce sera en faillite, les créan- « ciers pourront ne consentir de concordat qu'en faveur d'un ou « de plusieurs des associés. — En ce cas, tout l'actif social de- « meurera sous le régime de l'union. Les biens personnels de « ceux avec lesquels le concordat aura été consenti en seront « exclus, et le traité particulier passé avec eux ne pourra con- « tenir l'engagement de payer un dividende que sur des va- « leurs étrangères à l'actif social. — L'associé qui aura obtenu « un concordat particulier sera déchargé de toute solidarité. »

(1) Comme le dit très-bien la Cour d'Orléans, dans les *considérants* de son arrêt du 27 novembre 1850, « un concordat ne peut être accordé, alors « qu'il s'agit de la faillite d'une société, que par les créanciers de la so- « ciété. Si, aux termes de l'art. 516, le concordat est obligatoire pour « tous les créanciers, portés ou non au bilan, vérifiés ou non, cette disposi- « tion, sainement entendue, ne s'applique qu'aux seuls créanciers qui « avaient le droit de participer à un concordat et qui par conséquent de- « vaient y être appelés ; elle ne saurait être invoquée contre des créan- « ciers personnels quand il s'agit de la faillite d'une société, au concordat « de laquelle ils n'ont aucun droit d'intervenir » (Dev.-Car., 51, 2, 33). — M. Lainné (*loc. cit.*) enseigne que, par cela seul qu'un concordat est accordé *sans réserve* à la société, les créanciers sociaux n'ont plus rien à demander aux associés. Mais évidemment l'art. 545 est seul applicable ici.

(2) Suivant M. Renouard, pour que l'associé puisse obtenir un concordat, deux votes successifs sont nécessaires, savoir : 1° vote des créanciers sociaux, 2° vote des créanciers sociaux réunis aux créanciers personnels. « Pour que l'associé obtienne un concordat particulier, dit M. Re- « nouard, il faudra le consentement de la majorité en nombre et des trois « quarts en sommes des créanciers sociaux. Il faudra, en outre, que les « créanciers de la société réunis aux créanciers personnels de l'associé, car « c'est de ces deux éléments que la masse de ses créanciers se compose, « consentent du concordat, à la double majorité exigée par la loi » (t. II, p. 140). Ni le texte de la loi ni les principes ne prescrivent rien de semblable. Voy. M. Lainné (*loc. cit.*).

La rédaction de cet article laisse un peu à désirer. D'abord on nous dit que *les créanciers* peuvent ne consentir de concordat qu'en faveur d'un ou de plusieurs des associés : cela signifie que la société n'obtient pas de concordat, et que des quatre associés entre lesquels existait cette société un seul, par exemple, obtient le bénéfice dont il s'agit. On pourrait croire, d'après le texte, que ce sont toujours les mêmes créanciers (probablement les créanciers sociaux) qui vont délibérer sur le point de savoir s'il convient d'accorder un concordat à la société, un concordat à l'associé Primus, un concordat à l'associé Secundus, etc. Or, c'est bien ainsi que les choses se passeront si (comme cela peut arriver assez souvent) les différents associés ne faisaient point d'affaires en dehors de la société et n'ont point de créanciers personnels; mais, du moment qu'ils ont des créanciers personnels, il est parfaitement certain que ce n'est pas la même masse de créanciers qui devra délibérer sur le concordat concernant la société et sur les concordats concernant les différents associés (1).

Il est clair que le dernier alinéa de notre art. 531 pourrait être supprimé sans aucun inconvénient. On a simplement voulu dire, ce qui allait de soi, que l'associé concordataire, une fois qu'il a payé le dividende par lui promis, ne répond plus des dettes sociales, et que les créanciers sociaux, quoique non désintéressés par les dividendes retirés de l'actif social et des faillites des autres associés, n'ont plus rien à lui demander (2).

Celui des associés qui a obtenu un concordat doit évidemment payer avec son actif propre le dividende promis par ce concordat : il serait absurde qu'il pût employer à ce paiement l'actif

(1) M. Mathieu Bodet, s'attachant au texte de l'art. 531, enseigne que ce sont exclusivement les créanciers sociaux qui peuvent accorder un concordat particulier à tel ou tel des associés; mais il ajoute que, si les créanciers personnels refusent d'en accorder un pour ce qui les concerne, le concordat accordé par les créanciers sociaux restera sans effet (*Revue de dr. franç. et étr.*, t. II, p. 641 et suiv.).

(2) Comp. M. Renouard, t. II, p. 143.

appartenant à l'être moral *société*, actif qui n'appartient pas à l'associé et qui d'ailleurs est soumis au régime de l'union. C'est donc tout à fait surabondamment, du moins on peut le penser au premier abord, que l'art. 531, dans son 2e alinéa, dit que le traité particulier passé avec un associé ne pourra contenir l'engagement de payer un dividende que sur des valeurs étrangères à l'actif social. Ne pouvons-nous pas cependant donner une certaine utilité à cette disposition? Nous le pouvons d'abord en disant que, si l'associé n'avait pas encore versé sa mise dans la société, il devrait commencer par la verser, puis payer le dividende promis. Nous le pouvons aussi en disant que le législateur a voulu proscrire la clause expresse par laquelle les créanciers abandonneraient l'actif social à l'associé concordataire. Je crois, en effet, que le concordat contenant cette clause ne devrait pas être homologué par la justice : cette clause peut être préjudiciable aux associés non concordataires et à leurs créanciers personnels. Du reste, si tous les associés avaient obtenu un concordat, nous ne serions plus dans le cas prévu par l'art. 531 : aussi la Cour de Paris a-t-elle jugé qu'alors la clause en question serait parfaitement licite (1). J'admets cette décision, en principe. Voici seulement une difficulté que j'aperçois : La masse de créanciers qui consent un concordat à l'associé Primus se compose des créanciers sociaux et des créanciers personnels de Primus; or, les créanciers personnels de Primus n'ont aucune espèce de droit sur l'actif social : pour disposer de cet actif au profit de Primus, comme condition du concordat à lui accordé, il faudrait donc écarter ses créanciers personnels et ne consulter que les créanciers sociaux.

(1) Arrêt du 25 mars 1858 (Dev.-Car., 59, 2, 248).

FIN DU TOME CINQUIÈME.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

LIVRE III. — DES FAILLITES ET DES BANQUEROUTES.

Historique de la législation des faillites, p. 1. — Les règles de la loi en cette matière sont le complément de dispositions nombreuses du droit civil et du droit commercial, p. 2.

Le but de toute loi sur les faillites est de protéger les créanciers, le débiteur, l'ordre public, p. 3.

Idée des conséquences qu'entraîne une déclaration de faillite, p. 5.

TITRE Ier. — DE LA FAILLITE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Pour qu'il y ait faillite, il faut : 1° la qualité de commerçant, 2° la cessation des paiements.

1° *Qualité de commerçant.* Du mineur, p. 7. — De la femme mariée, p. 8. — Des étrangers, p. 9. — Des personnes à qui il est interdit de faire le commerce, p. 11. — Législation ancienne et législation anglaise, p. 14.

2° *Cessation des paiements.* Dans quels cas elle existe, p. 15. — Si les refus de paiement doivent avoir pour objet des dettes commerciales, p. 18. — S'ils doivent être constatés par des actes, p. 21. — Des cas où il n'y a qu'un seul créancier connu, p. 25.

Différences entre la *faillite* et la *déconfiture*, p. 27.

Faillite déclarée après décès, p. 31 ; — après cessation de commerce, p. 35.

CHAPITRE Ier. — DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE ET DE SES EFFETS.

§ I. CONSTATATION DE LA CESSATION DE PAIEMENTS.

La cessation des paiements est constatée par le tribunal de commerce, p. 38.

Quelle preuve est admise en cette matière, p. 39. — Le débiteur doit déclarer qu'il a cessé ses paiements, p. 42. — Dépôt du bilan, p. 44. — Ce que doit contenir le bilan, p. 45.

Du cas où le débiteur, qui n'a réellement pas cessé ses paiements, déclare au greffe qu'il les a cessés, p. 49.

A défaut de déclaration de la part du débiteur, les créanciers peuvent provoquer sa mise en faillite, p. 54.

La faillite peut être déclarée d'office par le tribunal de commerce, p. 58.

Du jugement déclaratif de faillite, p. 60. — Ce jugement doit être publié, p. 61 ; — il est exécutoire par provision, p. 63 ; — il peut être rendu sur simple requête, p. 64.

§ II. DES EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF.

1° *Il y a faillite.*

Il ne peut pas y avoir faillite là où il n'y a pas un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce, p. 66.

2° *Dessaisissement.*

Le débiteur, étant dessaisi, ne peut plus diminuer son actif ni augmenter son passif, p. 67. — L'actif actuel est affecté au paiement du passif actuel, p. 68.

Le dessaisissement est *nécessaire, fatal, général*, p. 69. — Il diffère de l'*interdiction* et de l'*expropriation*, p. 70.

Le dessaisissement commence dès le jour du jugement déclaratif, p. 73.

Le jugement déclaratif nomme des syndics pour administrer à la place du failli, p. 79. — Changements apportés au système du Code, p. 81. — Législations étrangères, p. 92.

3° *Autres mesures qu'amène le jugement déclaratif.*

Nomination du juge-commissaire, p. 94. — Le juge-commissaire peut être remplacé, p. 96.

Attributions du juge-commissaire : 1° attributions dans l'intérêt commun des créanciers et du failli, p. 99 ; — 2° attributions dans l'intérêt spécial du failli, p. 106 ; — 3° attributions dans l'intérêt de la vindicte publique, p. 106.

Quelle idée on doit se faire de l'institution du juge-commissaire, p. 106.

— Apposition des scellés sur l'actif, p. 108.

— Arrestation du failli, p. 113. — Cas dans lesquels le tribunal peut affranchir le failli de l'emprisonnement, p. 118.

§ III. EFFETS QUI SE RATTACHENT AU DESSAISISSEMENT.

1° *Exercice des actions.*

Les syndics sont chargés de défendre aux actions, p. 120. — Il faut distinguer entre les actions relatives à la personne et les actions relatives aux biens, p. 121. — Même règle quant à l'exercice des actions qui appartiennent au failli, p. 125.

2° *Exécution sur les biens.*

Les différents créanciers ne peuvent plus exercer de poursuites sur les biens du failli, p. 129. — Cela ne s'applique pas aux créanciers *hypothécaires*, *privilégiés* ou *nantis*, p. 130. — Le créancier chirographaire peut-il *continuer* une poursuite commencée avant le jugement déclaratif, p. 132.

Le failli peut-il intervenir dans les procédures engagées entre les syndics et des tiers, p. 136.

3° *Du propriétaire locateur.*

Le propriétaire locateur est privilégié et nanti, mais l'exercice de son droit de saisie est suspendu pendant trente jours, p. 139.

4° *Contrainte par corps.*

Les différents créanciers du failli ne peuvent plus exercer des poursuites à fin de contrainte par corps, p. 148.

Le débiteur qui n'a pas déclaré la cessation de ses paiements et déposé son bilan, doit être emprisonné, sauf la faculté pour le tribunal de lui accorder un sauf-conduit, p. 149.

Des créanciers postérieurs au jugement déclaratif peuvent-ils exercer la contrainte par corps, p. 151.

5° *Exigibilité des dettes.*

Le jugement déclaratif rend exigibles les dettes du failli, p. 154. — Motif et but de la règle, p. 155.

Si la règle peut être invoquée par les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis, p. 156.

Si l'exigibilité autorise des compensations, p. 160.

D'après le Code de 1808, c'était *l'ouverture de la faillite* qui rendait les dettes exigibles, p. 162.

A l'égard de quelles personnes existe l'exigibilité, p. 165.

Du cas où il y a plusieurs débiteurs solidaires et où l'un d'eux tombe en faillite, p. 166. — Du cas où il y a un débiteur principal et une caution, p. 168.

Spécialement du cas où l'une des personnes qui figurent dans une lettre de change tombe en faillite : 1° faillite du *tiré*, p. 169; — 2° faillite de l'*accepteur*, p. 171; — 3° faillite du *tireur*, p. 173; — 4° faillite d'un *endosseur*, p. 175.

Faillite du souscripteur d'un billet à ordre, p. 178.

6° *Suspension du cours des intérêts.*

Par le jugement déclaratif, les créances productives d'intérêts n'en produisent plus à l'égard de la masse, p. 182.

Cette règle ne s'applique pas aux créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis, p. 184.

§ IV. DE LA CESSATION DE PAIEMENTS ET DE SES EFFETS.

La cessation de paiements affecte dans leur existence les actes que le débiteur a pu faire depuis, p. 187. — En conséquence, la loi veut que l'époque de la cessation des paiements soit fixée d'une manière certaine, mais que la fixation d'abord faite puisse être attaquée par les parties intéressées, p. 187.

Le tribunal a un pouvoir illimité pour fixer l'époque de la cessation des paiements, p. 189. — Règles que raisonnablement il doit observer, p. 191.

La fixation est faite par le jugement déclaratif ou par un jugement ultérieur, p. 194. — Du cas où le tribunal aurait omis de la faire, p. 195.

Distinction entre les actes postérieurs à la cessation des paiements et les actes postérieurs au jugement déclaratif, p. 196. — S'il peut y avoir *cessation de paiements*, dans le sens de la loi sur les faillites, là où il n'y a pas de jugement déclaratif, p. 197.

Quels principes régissent les actes faits depuis la cessation des paiements, p. 201. — Historique de la législation sur ce point, p. 204.

1° *Actes nuls de plein droit.*

Pour certains actes, la nullité dépend uniquement de leur nature et de la vérification de leur date, p. 212. — La nullité n'existe que *relativement à la masse*, p. 213.

Quels sont les actes placés dans cette catégorie : 1° les donations, p. 215 ; — 2° les paiements de dettes non échues, p. 220 ; — 3° les dations en paiement, p. 222 ; — 4° les constitutions d'hypothèque, de gage, d'antichrèse, p. 234.

2° *Actes annulables.*

En quoi les nullités dont il s'agit ici se distinguent des nullités de plein droit, p. 257.

Du cas où un effet de commerce a été acquitté à l'échéance par une personne qui avait cessé ses paiements, p. 269.

3° *Nullité des inscriptions.*

Jusqu'à quel moment un créancier hypothécaire ou privilégié peut-il s'inscrire sur l'immeuble d'un failli, p. 280. — Système du Code Napoléon et du Code de 1808, p. 282. — Système de la loi de 1838, p. 283.

Quel est le caractère de la nullité dont il s'agit, p. 285.

Si elle s'applique uniquement aux inscriptions, p. 294.

—

Quand il n'y a pas de fonds suffisants pour faire face aux premiers frais nécessités par la déclaration de faillite, l'État en fait l'avance, p. 296.

CHAPITRE II. — ADMINISTRATION DE LA FAILLITE.

§ I. RESPONSABILITÉ DES SYNDICS.

Quand il y a plusieurs syndics, sont-ils tenus d'une responsabilité solidaire, p. 301.

La gestion des syndics est soumise à un contrôle, p. 303. — De la demande en révocation, p. 306.

§ II. ATTRIBUTIONS DES SYNDICS.

Ces attributions sont de trois sortes :

I. *Attributions qui ont pour objet l'intérêt commun des créanciers et du failli.* Elles comprennent les actes suivants :

1° Les actes conservatoires en général, p. 308. — Les syndics peuvent avoir à prendre deux sortes d'inscriptions, p. 308.

2° Requérir l'apposition des scellés, p. 311.

3° Se faire remettre les effets de portefeuille, p. 311.

4° Continuer l'exploitation du fonds de commerce lorsqu'elle ne peut être interrompue sans préjudice, p. 312.

5° Se faire autoriser à vendre les objets sujets à dépérissement prochain, etc., p. 312.

6° Vérifier et constater les éléments de l'actif et du passif, p. 313.

II. *Attributions qui ont pour objet l'intérêt particulier du failli :* état des vêtements, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille, p. 319 ; — secours alimentaire, p. 319 ; — sauf-conduit, p. 320.

III. *Attributions dans l'intérêt de la vindicte publique,* p. 323.

— Les syndics ont, en outre, des attributions spéciales :

De l'inventaire, p. 327.

Recouvrements, p. 331. — Transactions, p. 332. — Vente de certaines marchandises et de certains meubles, p. 335.

Les deniers provenant des ventes et recouvrements sont versés à la Caisse des dépôts et consignations, p. 338.

De la vérification des créances, p. 340. — De l'affirmation, p. 353. — Des contestations qui peuvent s'élever dans le cours de la vérification, p. 358.

CHAPITRE III. — DU CONCORDAT.

Il ne peut être question de concordat qu'après l'inventaire et la vérification des créances, p. 365.

§ I. CONVOCATION ET ASSEMBLÉE DES CRÉANCIERS.

Les créanciers sont convoqués par le greffier, sur l'ordre du juge-commissaire, p. 366. — Le failli doit également être appelé, p. 367. — Les syndics donnent lecture d'un rapport, p. 369.

§ II. FORMATION DU CONCORDAT.

Il n'appartient qu'au failli de proposer le concordat, p. 370. — Le juge-commissaire donne lecture après lui du projet de concordat, et y ajoute ses observations, puis la discussion commence, p. 371.

Des créanciers qui ne sont pas admis à la délibération, p. 372.

Par qui le concordat doit être voté, p. 378.

Comment on s'y prend pour constater s'il y a la majorité voulue, p. 396.

D'après le vote émis par les créanciers, trois hypothèses peuvent se présenter, p. 398.

Du cas où le failli a été condamné et du cas où il est poursuivi pour banqueroute frauduleuse, p. 402. — Pour banqueroute simple, p. 404.

Le concordat voté par les créanciers doit encore être homologué par le tribunal, p. 405. — De l'opposition à l'homologation, p. 407.

Du cas où il n'y a pas d'opposition, p. 410. — Du cas où il a été formé opposition, p. 415.

Si le jugement d'homologation est susceptible d'appel, p. 418.

§ III. DES EFFETS DU JUGEMENT D'HOMOLOGATION.

Le jugement d'homologation rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers, p. 420.

Dès qu'il est passé en force de chose jugée, il fait cesser le dessaisissement, p. 423. — Comparaison avec le *concordat par abandon*, p. 427.

Des concessions que doit contenir le concordat, p. 429.

Le jugement d'homologation confère aux créanciers une hypothèque, p. 444.

Si le concordat homologué affranchit le failli des poursuites en banqueroute simple, p. 451.

§ IV. DE L'ANNULATION OU DE LA RÉSOLUTION DU CONCORDAT.

L'ancien texte du Code ne parlait ni de l'annulation ni de la résolution, p. 454.

Le concordat est annulable pour cause de dissimulation d'actif ou d'exagération de passif, p. 454.

Des mesures et des formalités qui sont la suite de l'annulation, p. 457. — Des droits des créanciers, p. 458.

— Le concordat peut être résolu lorsque le failli concordataire n'exécute pas ses obligations, p. 462.

Différences, quant aux effets, entre l'annulation et la résolution, p. 464.

— Nouvelle faillite après concordat, p. 466.

— Si la résolution peut être demandée par un créancier isolé, en son nom personnel, p. 470.

CHAPITRE IV. — DE L'UNION.

Remarque sur le mot *union*, p. 474.

Des cas où les créanciers se trouvent en état d'union, p. 475.

De certaines situations exceptionnelles qui participent du concordat et de l'union : 1° faillite de société, p. 477; — 2° concordat par abandon, p. 478; — 3° clôture en cas d'insuffisance de l'actif, p. 487.

§ I. DES ACTES QUI SONT LA CONSÉQUENCE DE L'UNION.

Du but auquel tend l'administration des syndics, p. 492.

Du secours qui peut être accordé au failli, p. 495.

Continuation d'exploitation, p. 498.

Transaction, p. 504. — Traité à forfait, p. 505.

Convocation des créanciers, p. 510.

§ II. ACTIONS QUI DOIVENT ÊTRE EXERCÉES AVANT LA RÉALISATION.

De l'action en revendication formée par un propriétaire, p. 512. — Spécialement du cas de dépôt, p. 515; — du cas de consignation, p. 516.

Du cas où des effets de commerce avaient été remis sans transport de propriété à l'individu aujourd'hui en faillite, p. 522.

De la revendication qui peut appartenir à la femme du failli, p. 525.

De la revendication du vendeur en cas de faillite de l'acheteur, p. 532. — Du droit de rétention, p. 549.

§ III. DES DROITS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES OU PRIVILÉGIÉS SUR LES IMMEUBLES.

Les créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles peuvent concourir avec les chirographaires sur le prix du mobilier, p. 552. — Peuvent-ils cumuler le bénéfice de leur double qualité, p. 553.

Hypothèque légale de la femme du failli, p. 561.

§ IV. DES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS SUR CERTAINS MEUBLES OU SUR LA GÉNÉRALITÉ DES MEUBLES.

Des créanciers nantis, p. 572.

Du vendeur d'objets mobiliers, p. 575.

Privilége des ouvriers et des commis, p. 579.

§ V. DES CRÉANCIERS GARANTIS PAR LA SOLIDARITÉ OU PAR LE CAUTIONNEMENT.

La solidarité est très-fréquente en matière commerciale, p. 583.

Le créancier qui a touché un dividende dans la faillite de l'un des débiteurs solidaires, pour combien peut-il se présenter à la faillite d'un autre? Trois systèmes, p. 584. — Si le système de la loi actuelle peut se concilier avec les principes, p. 593.

Du cas où le créancier dont le débiteur est en faillite a reçu un à-compte de la caution, p. 602. — Si la caution qui a fait le paiement partiel peut venir à la faillite du débiteur concurremment avec le créancier, p. 605.

Quand plusieurs codébiteurs solidaires sont en faillite, la masse qui a payé un dividende plus fort peut-elle recourir contre celle qui a payé un dividende plus faible, p. 615.

§ VI. DE LA RÉALISATION DE L'ACTIF.

Pour la vente des immeubles, il faut l'autorisation du juge-commissaire, p. 621.

On suit la forme prescrite pour la vente des biens des mineurs, p. 622.

Toute personne peut surenchérir, p. 625.

§ VII. DE LA RÉPARTITION ENTRE LES CRÉANCIERS (CH. D.).

Quelles sommes seront réparties au marc le franc, p. 628. — Il faut d'abord acquitter trois sortes de charges, p. 629.

Quels créanciers participent aux répartitions, p. 631.
Il y a en général plusieurs distributions successives, p. 632.
Comment se détermine le chiffre du dividende, p. 633.
Précautions prises pour empêcher qu'un dividende puisse être touché par celui qui n'y a pas droit, p. 638.

§ VIII. FIN DE LA FAILLITE.

Dernière assemblée des créanciers, p. 640.
Le tribunal statue sur l'excusabilité du failli, p. 640.
Effet de la déclaration d'excusabilité, p. 642.
Quelle est la condition du failli tant que le tribunal n'a pas statué, p. 645.

CHAPITRE V. — DES VOIES DE RECOURS CONTRE LES JUGEMENTS RENDUS EN MATIÈRE DE FAILLITE (Ch. D.).

De l'opposition formée contre le jugement déclaratif de faillite et contre le jugement qui fixe l'époque de la cessation des paiements, p. 646.
De la position particulière des créanciers relativement au jugement qui fixe l'époque de la cessation des paiements, p. 650.
Les syndics ont le même droit que les créanciers, p. 658.
Jusqu'à quel moment le tribunal peut d'office changer la date de la cessation des paiements, p. 658.
— Pour tout jugement rendu en matière de faillite, le délai d'appel est de quinze jours à compter du jour de la signification, p. 660.
— Certains jugements ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation, p. 668.

APPENDICE. — FAILLITE DES SOCIÉTÉS (Ch. D.)

Une société anonyme peut être déclarée en faillite, p. 673.
Si le jugement qui déclare la faillite d'une société entraîne dissolution de cette société, p. 676.
Si le jugement qui déclare la faillite d'une société en nom collectif ou en commandite constitue en faillite les associés en nom, p. 677. — L'affirmative étant admise, il y aura un seul juge-commissaire, un seul syndicat, mais il pourra y avoir plusieurs masses distinctes, p. 679.

TABLE DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS CE VOLUME

Articles.	Pages.
437.	7.
438.	42, 477.
439.	44.
440.	38, 54, 63.
441.	187.
442.	61.
443.	67, 120, 129.
444.	154.
445.	182.
446.	212.
447.	257.
448.	280.
449.	269.
450.	137.
451.	95.
452.	99, 100.
453.	107.
454.	96.
455.	108, 115, 148.
456.	117, 150, 321.
457.	109, 114.
458.	112, 477.
459.	324.
460.	115.
461.	296.
462.	83, 105.
463.	99.
464.	100.
465.	301.
466.	305.
467.	100, 306.
468.	311.
469.	312.
470.	104, 312.
471.	311, 313.

Articles.	Pages.
472.	106, 149, 320.
473.	149, 320.
474.	106, 319.
475.	314.
476.	317.
477.	106, 317, 327.
478.	318.
479.	111, 327.
480.	111, 328.
481.	329.
482.	106, 324.
483.	324.
484.	327.
485.	331.
486.	335.
487.	104, 332.
488.	321.
489.	338.
490.	308.
491.	346.
492.	346.
493.	348.
494.	351.
495.	355.
496.	350.
497.	350, 353.
498.	358.
499.	359.
500.	360.
501.	363.
502.	372, 635.
503.	355, 636.
504.	105, 366.
505.	367.
506.	369.

Articles.	Pages.
507.	366, 384.
508.	372.
509.	393, 399.
510.	402.
511.	404.
512.	406, 416.
513.	406, 416.
514.	415, 417.
515.	415.
516.	379, 420.
517.	444.
518.	454.
519.	426.
520.	455, 462.
521.	451.
522.	456.
523.	458.
524.	464.
525.	469.
526.	459, 466.
527.	487.
528.	487.
529.	476, 594.
530.	495.
531.	477, 681.
532.	498.
533.	501.
534.	494, 631.
535.	504.
536.	510.
537.	640.
538.	640.
539.	641.
540.	641.
541.	153, 427, 478.
542.	591.
543.	615.
544.	602.
545.	434.
546.	572.
547.	572.
548.	573.
549.	579.
550.	575.
551.	572.
552.	552.
553.	552.
554.	556.
555.	560.
556.	554.
557.	529.
558.	529.
559.	529.
560.	527.
561.	532.
562.	
563.	561.
564.	570.
565.	629.
566.	632.
567.	633.
568.	633.
569.	638.
570.	505.
571.	132.
572.	621.
573.	625.
574.	522.
575.	515.
576.	532.
577.	549.
578.	544, 550.
579.	548.
580.	646.
581.	650.
582.	419, 660.
583.	668.

Imprimé par Charles Noblet, rue Soufflot, 18